Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional

Volumen IV



Oficina en Colombia del
Alto Comisionado de las Naciones
Unidas para los Derechos Humanos

Primera edición: Bogotá, marzo de 2003

ISBN

Compiladores
Inés Margarita Uprimny
Alejandro Valencia Villa

Editor general
Alejandro Valencia Villa

Edición
María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación
Gloria Díaz-Granados M.

Impresión
Panamericana Formas e Impresiones S.A.

Contenido

Presentación

ESTE IV VOLUMEN DE *COMPILACIÓN DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL*, pone al día los publicados en junio de 2001. En él se encuentran extractos de decisiones de organismos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional.

Esta publicación responde al interés de la Oficina de mantener actualizada a la comunidad de derechos humanos y al público interesado sobre las decisiones relevantes e ilustrativas producidas en los dos últimos años por instancias internacionales y nacionales.

Se han utilizado puntos suspensivos entre corchetes para indicar cuando los compiladores han suprimido parte de un texto; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los documentos sin señalarlo en la forma mencionada. No obstante, se ha modificado el formato de algunos de los textos, en particular los encabezamientos, los títulos y las citas, para dar unidad a la edición. A fin de presentar los materiales de manera homogénea, se utiliza bastardilla para indicar énfasis en los textos reproducidos, sea cual sea el estilo del documento original (subrayado, bastardilla o negrillas). Por razones de edición, en algunos textos no se conservó la numeración original de las notas de pie de página; cuando esto ocurre los compiladores lo indican. Las notas de los compiladores se señalan con asteriscos.

La selección de los materiales fue realizada por Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa, consultores del área de cooperación técnica de esta Oficina. Alejandro Valencia Villa es, además, el editor general de la obra.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Incorporación del derecho internacional en el derecho interno

Corte Constitucional
Sentencia T-1635 de 2000
Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo
27 de noviembre de 2000

[...] III. Consideraciones de la Corte Constitucional y fundamentos de la decisión

1. Situación de los desplazados frente a los cánones constitucionales

La situación del conflicto armado que vive el país ha generado el desplazamiento de miles de familias que huyen de la violencia desde sus lugares de origen a distintas capitales del país, con los consiguientes traumatismos que ello genera, tanto para la colectividad como para las mismas personas y familias condenadas a la trashumancia y al desarraigo, a todas las cuales el Estado tiene obligación de proteger.

La Constitución Política consagra en el artículo 1 que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. El Estado reconoce también la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Consagra igualmente que nadie será sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En numerosas disposiciones constitucionales, que también encuentran reiteración en tratados internacionales sobre derechos humanos, se contempla la protección a elementales garantías y derechos

de la persona, como el de la vida en condiciones de dignidad, la salud en conexión con ella, la integridad personal, la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, el derecho a una vivienda digna, la educación, la alimentación mínima, la prohibición del destierro, entre otros, además de los prevalentes, asegurados por el artículo 44 de la Carta Política y por el derecho internacional en favor de los niños.

También se garantiza en la Constitución la protección integral de la familia, estableciendo en forma expresa que cualquier forma de violencia o abandono en relación con ella se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Todos estos preceptos y los valores constitucionales y humanitarios que los inspiran se ven amenazados y con certeza vulnerados cuando la familia, no por propia voluntad sino por la fuerza de circunstancias externas que escapan a su control, tiene que abandonar su territorio y el lugar de su domicilio para, al huir de los violentos, sobrevivir aun en condiciones angustiosas y preservar, cuando menos, la esperanza de un futuro regreso o de nuevas oportunidades de subsistencia.

En el informe denominado "Atención a población desplazada por el conflicto armado", publicado por la Red de Solidaridad Social en diciembre de 1999, se consigna:

> De acuerdo con la información de la Red Nacional de Información y la suministrada por las gobernaciones departamentales al Ministerio del Interior, se estima que actualmente existen cuatrocientas mil personas desplazadas. Desde el punto de vista de la evolución geográfica, el fenómeno del desplazamiento interno causado por el conflicto armado involucra a ciento treinta y nueve municipios. De éstos, ochenta municipios exclusivamente expulsan población por causa del conflicto armado, cuarenta expulsan y reciben y diecinueve son sólo receptores de población desplazada (ver anexos 2 y 3). Los municipios expulsores se concentran fundamentalmente en el Urabá ampliado, el centro del Chocó, el sur de Bolívar, el Magdalena Medio, el Catatumbo, la Sierra Nevada de Santa Marta y los departamentos de Guaviare, Caquetá y

Meta. Los municipios que reciben población desplazada son, en general, grandes y medianas ciudades.

De las características demográficas de estos grupos poblacionales se pueden mencionar las siguientes: el 44.1% de las familias tienen a mujeres como jefes de hogar; el 23.2% de la población son niños menores de siete años y el 16.7% pertenece a grupos étnicos (ver anexo 5).

Aunque las estimaciones de la Red Nacional de Información señalan que desde 1996 se ha desplazado un número cercano a las veinticinco mil familias al año, se espera que para los próximos años esta cifra disminuya como resultado del avance en los procesos de negociación con los grupos armados, de la implementación del Plan Colombia y de las acciones en pro de los derechos humanos y la prevención del desplazamiento forzado.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, según el cual los derechos y deberes consagrados en ella se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, esta Corporación ha acogido en su jurisprudencia la teoría acerca del bloque de constitucionalidad respecto del cual ha expresado:

La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad

[...] 11. Una vez analizada la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país.

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como

los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que "el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados.

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, "es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohiba durante los estados de excepción". En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que "las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir

las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados".

12. A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) (C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Las normas del derecho internacional, aplicables en el presente caso en virtud de la conformación del aludido bloque de constitucionalidad, consagran en el artículo 17 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, lo siguiente:

Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados.

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

Precisamente para hacer frente a esta nueva categoría de colombianos, el ordenamiento jurídico ha confiado a la Red de Solidaridad Social –que es un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República– la tarea de promover el mejoramiento de las condiciones de vida de la población más pobre y vulnerable del país, de la que indudablemente hace parte la franja de los desplazados. Ellos, por las terribles circunstancias a que los ha conducido la confrontación armada, tienen derecho constitucional a que el Estado despliegue su acción de manera efectiva, oportuna y eficiente, con miras a su amparo y al disfrute de garantías básicas de las que han sido violentamente despojados.

No en vano el artículo 13 de la Constitución ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

La misma norma estipula que el ente estatal protegerá especialmente a quienes, por su condición económica física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En la Ley 387 de 1997, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia, se define así el estado de "desplazado".

Artículo 1. Desplazado.

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes

situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

En la misma Ley se creó el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, que busca atender de manera integral a la población desplazada por el conflicto, para que, en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento, logre su reincorporación a la sociedad colombiana. Este sistema está constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que adelantan planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención integral de la población desplazada. [...]

Corte Constitucional
Sentencia T-327 de 2001
Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
26 de marzo de 2001*

[...] IV. Consideraciones de la Corte Constitucional [...]

b. Aplicación de la interpretación más favorable a la protección de los derechos fundamentales de los desplazados

Para realizar una interpretación razonable al artículo 2, inciso 2 del Decreto 2569 de 2000, se deben aplicar criterios de interpretación sistemática, teleológica, y más favorable a la protección de los derechos humanos. Siendo esto así, al aplicar la interpretación sistemática, se debe tener muy claro que el decreto contentivo del artículo en estudio es desarrollo reglamentario de una ley que reconoce

---

* En las notas de pie de página de las sentencias de la Corte Constitucional no se conservó la numeración original.

el desplazamiento forzado como situación de hecho; a su vez, esta ley es desarrollo de un sistema constitucional al cual están incorporadas normas supranacionales como lo son los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, emanados de la ONU, y el artículo 17 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,[1] que buscan proteger a los desplazados y no exigen certificación de tal fenómeno de facto. Si se hace una interpretación teleológica de la norma, se observa que el fin de tal artículo es brindar protección y ayuda frente a una situación que, como se reconoce en el inciso primero de tal artículo, se da por la ocurrencia de los hechos de una manera estructurada. No requiere el citado artículo la necesidad del reconocimiento oficial para la configuración del desplazamiento forzado en un caso concreto. Igualmente, realiza una interpretación en el sentido que más convenga a la finalidad de la norma, se encuentra que frente al tratamiento de tan grave situación

---

1 En la sentencia T-1635/00 del magistrado José Gregorio Hernández se analizó cómo no sólo las normas de la Constitución Política, sino también los tratados aprobados por Colombia en la materia, que conforman el bloque de constitucionalidad, protegen a la población desplazada.

Las normas del Derecho Internacional, aplicables en el presente caso en virtud de la conformación del aludido "bloque de constitucionalidad", consagran en el artículo 17 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, lo siguiente:

"Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados.

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto".

como lo es el desplazamiento forzado, lo más razonable es entender que no se puede condicionar la existencia de una realidad a la afirmación de su configuración por parte de las autoridades. Finalmente, de acuerdo con el criterio hermenéutico de la interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos, al aceptar como válida tal interpretación, el inciso segundo de la norma en estudio se debe tomar como una serie de pautas para facilitar una organizada protección de los derechos fundamentales de los desplazados.

La interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos de los desplazados hace necesaria la aplicación de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas,[2] los cuales son parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad de este caso. En consecuencia, todos los funcionarios involucrados en la atención de desplazados, de los cuales son un claro ejemplo los funcionarios del ministerio público que reciben las declaraciones de los desplazados y los funcionarios de la Red de Solidaridad Social, debieran ajustar su conducta, además de las normas constitucionales, a lo previsto en los mencionados Principios.

No se puede tener como requisito sine qua non para el ejercicio de derechos fundamentales de los desplazados la certificación de la "condición de desplazado" del Ministerio del Interior. [...]

---

[2] Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng.

Corte Constitucional
Sentencia T-1319 de 2001
Magistrado ponente (e): Rodrigo Uprimny Yepes
7 de diciembre de 2001

[...] Consideraciones y fundamentos de la corte [...]

[...] El artículo 93 de la Carta, el bloque de constitucionalidad y la armonización de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales.

[...] 6. El juez de instancia señaló que en el presente caso no se apreciaba el ejercicio de la libertad de informar, pues las declaraciones emitidas por Iván Mejía Álvarez eran apreciaciones sobre hechos objetivos, los cuales, en su concepto, eran de amplio conocimiento público.

La Corte apoya la posición del juez, pues en realidad el demandado se ha limitado a hacer público su análisis sobre el comportamiento del demandante y del equipo que dirige. No estaba informando sobre lo ocurrido, sino que emitió una opinión a partir de hechos conocidos, tanto por los espectadores de los juegos, los radioescuchas, los televidentes y quienes se informan mediante la prensa. Así, el ámbito de decisión se circunscribe, principalmente, a la libertad de opinión.

7. Así precisada la controversia constitucional, aparentemente el presente caso tendría una solución fácil, pues el artículo 20 de la Carta no contempla restricciones a la libertad de opinión. Se limita a establecer condiciones relativas al ejercicio del derecho a la información. Por consiguiente, podría argumentarse que ese derecho es absoluto y no tiene límites. Sin embargo, esa conclusión es discutible, por cuanto la libertad de opinión puede colisionar con otros derechos fundamentales. La pregunta que surge es la siguiente: ¿a qué criterios puede recurrir el juez constitucional para analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de opinión para armoni-

zarla con otros derechos, si la Carta explícitamente no señala esos criterios?

8. Para responder a ese interrogante, la Corte constata que en esta materia, los pactos internacionales tienen un contenido normativo más rico, pues explicitan las bases que podrían legitimar una restricción a este derecho. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Interamericana, que regula la libertad de expresión, establece al respecto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

> 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Nótese pues que esta disposición establece las causales legítimas para restringir ese derecho, a saber (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. A su vez, la Corte Interamericana ha señalado que esas restricciones deben ser analizadas tomando también en cuenta los artículos 29 y 30 de esa Convención, que establecen el alcance de las restricciones a los derechos, y señalan pautas hermenéuticas para determinar el contenido de los derechos amparados por ese instrumento internacional.[1] Dijo entonces esa Corporación:

> Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna" (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A, num. 30, párr. 59, pp. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerán de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su im-

---

[1] Ver Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

portancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times* case, supra, párr. 62, p. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A, num. 90, párr. 59, p. 26).[2]

9. La Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos como el presente, en la medida en que, como se explicará a continuación, hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93 según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

10. En varias oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre el bloque de constitucionalidad, a fin de integrar, dentro del control constitucional –sea abstracto o en la tutela–, disposiciones como los tratados de derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario.

Sobre este punto se puede apreciar una evolución, pues en un comienzo esta Corporación hizo una interpretación restrictiva que limitaba el bloque a aquellos asuntos previstos en el inciso primero del artículo 93 de la Constitución y el derecho internacional humanitario, por su imposible suspensión conforme con el artículo 214 de la Carta. Con el tiempo se han incluido dentro del bloque, entre otros asuntos, los tratados de derechos humanos.[3]

---

2 Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

3 Así, en la sentencia C-1490 de 2000 se incluyeron dentro del bloque normas de la Comunidad Andina de Naciones, bajo el entendido de que regulaban ciertos derechos humanos.

En el presente caso la discusión sobre este punto resulta decisiva, pues de acogerse la tesis restrictiva, las normas del Pacto de San José sobre libertad de expresión no podrían ser consideradas a la hora del control constitucional, pues conforme al artículo 27 del tratado, el derecho a la libertad de expresión no está incluido entre aquellas garantías cuya suspensión está prohibida. Ello llevaría a la paradoja de que la protección de un derecho que se ha estimado cardinal para el sistema democrático, no puede basarse en la normatividad internacional.

La otra opción es acoger la idea de que el bloque está conformado por todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Sin embargo, esta concepción del bloque de constitucionalidad ha de ser precisada, pues no resulta claro el lugar desde el cual se apoya dicha interpretación ampliada.

11. La interpretación constitucional tiene que partir del texto constitucional pues de manera reiterada esta Corte ha señalado que la integración de una norma en el bloque de constitucionalidad exige una remisión textual expresa.[4] Entra pues la Corte a analizar si existe alguna remisión constitucional expresa que permita concluir que la regulación de la Convención Interamericana sobre libertad de expresión hace parte del bloque de constitucionalidad.

12. El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se inte-

---

[4] Ver, entre otras, la sentencia C-578 de 1995, que en el fundamento 3 señaló que siempre que se "habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior".

gran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado.[5] Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carác-

---

[5] Ver, por ejemplo, el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el artículo 29 de la Convención Interamericana y el artículo 4° del Protocolo de San Salvador.

ter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica[6] según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

13. Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: "...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales. Así, la sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló al respecto:

> La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo

[6] Ver las sentencias C-406 de 1996, fundamento 14, y C-251 de 1997, fundamento 14.

> ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Esta solución obliga a ciertas precisiones. Así, en relación con el primer caso –fusión–, ha de observarse que por lo general los tratados internacionales disponen que sus contenidos no pueden entenderse o interpretarse en contra de aproximaciones normativas más amplias. Esta regla se traduce en el ordenamiento interno en el principio de maximización de la esfera protegida por las normas constitucionales. Respecto del segundo caso –acoger interpretación oficial–, esta solución es necesaria por cuanto la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto.

Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente. [...]

Responsabilidad en derechos humanos

Corte Constitucional
Sentencia SU-1184 de 2001
Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
13 de noviembre de 2001*

[...] Consideraciones y fundamentos de la corte

[...] Posición de garante y fuerza pública

17. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada), armas (una pistola, una dinamita), animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Nüremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma.[1]

b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente.[2] Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que *en*

---

1 Cfr. Kai Ambos, *Temas del Derecho Penal Internacional,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, pp. 117 y ss. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán y Oscar Julián Guerrero. Jaime Córdoba Triviño, *Derecho Penal Internacional,* Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, pp. 37 y ss.

2 Cfr. Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, p. 830.

concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que éstos cometan en contra de los habitantes.

c) La Constitución le ha asignado, tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, una posición de garante. El artículo 217 de la Carta, dispone que "Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional."

De ello se desprende que tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados. Elementos centrales del orden constitucional lo constituye el cumplimiento pleno "...de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución..." (art. 2° de la Carta) y la preservación del monopolio del uso de la fuerza y las armas en manos del Estado. En relación con los fines previstos en el artículo 2, la función de garante de las Fuerzas Militares no se equipara a las funciones asignadas en el artículo 218 de la Carta a la Policía Nacional. Sin embargo, de ello no se desprende que no tengan por función básica garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades por parte de los asociados. Antes bien, supone garantizar condiciones de seguridad colectivas y de carácter estructural –definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden constitucional– que permitan una convivencia armónica. Las condiciones de seguridad dentro de dicho marco de seguridad estructural son responsabilidad de las fuerzas armadas.

Podría objetarse que esta interpretación desconoce el tenor literal del artículo 218 de la Carta, pues en dicha disposición se estable-

ce de manera diáfana que es fin primordial de la Policía Nacional "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz". Empero, esta objeción llevaría al absurdo –lo que resulta abiertamente inconstitucional– de que las Fuerzas Militares estarían eximidas de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades y de lograr la paz. El artículo 217 se limita a precisar los ámbitos (lo que se ha llamado condiciones estructurales de seguridad) dentro de los cuales las Fuerzas Militares tienen el deber de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Constitución. El respeto de los derechos constitucionales de los asociados es un asunto que le concierne a todo el Estado. Las condiciones estructurales de seguridad, tarea que le concierne a las Fuerzas Militares, constituyen un correlato del deber estatal de prevenir la guerra.[3] Cuando la guerra es inevitable, el Estado tiene el deber de morigerar sus efectos.[4] Frente a los asociados, tiene el deber de evitar, en lo posible, que sean víctimas del conflicto,[5] a efectos de que puedan disfrutar de sus derechos.

---

3 Ver sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:
"Así las cosas, resulta de la Protección de la Paz (CP art. 22) un derecho a prevenir la guerra. A todos los colombianos les asiste el derecho a intentar, por distintos medios, todos ellos no violentos, que la guerra no sea una realidad. Sin embargo, este derecho a prevenir la guerra debe ser encauzado y organizado. De ahí que, en tanto que representante legítimo de los intereses de los colombianos y custodio de los derechos de todos los residentes, al Estado colombiano le corresponda el deber fundamental de prevención de la guerra."

4 Idem. "9. Ahora bien, el principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos. Así como no toda guerra es legítima, no todo medio utilizado puede admitirse como legítimo. La humanización de la guerra, lo ha señalado la Corte, constituye una proyección del derecho a la paz"

5 Esta obligación no sólo se desprende de las disposiciones del derecho internacional humanitario. Tiene un claro apoyo en el artículo 2 de la Constitución.

En este orden de ideas, las Fuerzas Militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado Social de Derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las Fuerzas Militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (CP art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable– de proteger.

Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado de proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos. El uso de la fuerza es obligatorio –claro está, conforme al ordenamiento jurídico y, especialmente, utilizándose de manera proporcional y en cuanto sea necesario (prohibición del exceso)– frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestos a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos.

Así las cosas, frente a las agrupaciones armadas –guerrilla o paramilitares–, las Fuerzas Militares tienen una función de garantes del orden constitucional, el cual se ve desdibujado –de manera abstracta– por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del principio

básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce monopolio en el uso de la fuerza y las armas[6].

De igual manera, en sentido abstracto, las Fuerzas Militares tienen la obligación –en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario– o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, in-

---

[6] En la sentencia C-1145 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte sostuvo, de manera enfática, que:
"Como lo ha reconocido la Corte, el uso de cualquier tipo de armas –de guerra o de uso personal– tiene un potencial ofensivo que debe ser fuertemente controlado por el Estado. A este respecto, la Corporación ha señalado que contradice los postulados más elementales del Estado Social de Derecho, la teoría según la cual los ciudadanos tienen derecho fundamental o constitucional de armarse para su defensa personal". Según la Corte, el Estado contemporáneo tiene la función de monopolizar el ejercicio de la fuerza y debe evitar, por todos los medios, que los miembros de la sociedad lleguen al extremo de considerar que sus derechos o intereses sólo pueden defenderse causando la muerte de su potencial agresor. Según la Corte "una sociedad que centre sus esperanzas de convivencia pacífica en los métodos de disuasión por medio de las armas de fuego, es una sociedad fundada en un pacto frágil y deleznable. Las relaciones intersubjetivas estarían construidas en el temor y la desconfianza recíprocas, de tal manera que la ausencia de cooperación, entendimiento y confianza, como bases del progreso social, serían un obstáculo insalvable para el crecimiento individual y colectivo".

compatibles con el sentimiento de humanidad–, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las Fuerzas Militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (CP art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellos o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garantes para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos.[7]

18. La existencia de esa posición de garante significa que *el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad,* o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación), o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación

---

[7] Edgar Lombana Trujillo, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la posición de garante de la fuerza pública, en los siguientes términos: "No puede desconocerse que tanto el artículo 2 como los artículos 16, 217 y 218 de la Constitución Nacional imponen tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que las convierte en garantes de los derechos de los habitantes del territorio nacional y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa". "Delitos de omisión", artículo publicado en la revista *Universitas,* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, junio de 2001 (101), p. 258.

no modifican la naturaleza del delito realizado; éstas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

En efecto: i) el autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa;[8] ii) en la tentativa por omisión –el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado– el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente –por el grado de desarrollo de la infracción de la norma– porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo[9] y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación.

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea

---

8 Cfr. Heiko H. Lesch, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt, Peter Lang, 1992, pp. 284 y ss. Heiko H. Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1995, pp. 39 y ss. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Tréllez.

9 Cfr. Günther Jakobs, *Tätervorstellung und objektive Zürechnung,* Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989. Carl Heymanns, pp. 271 y ss. Günther Jakobs, *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten,* ZStW 104 (1992), pp. 82 y ss.

responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc.

I. Fuero y omisión

19. Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la justicia penal militar, es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo. Es decir, el servidor público *ab initio* dirige su actuación al cumplimiento de un fin legítimo, pero hay un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública. Por ejemplo, cuando al capturar a una persona (fin legítimo) aplica una fuerza innecesaria que le ocasiona un daño a su integridad personal (exceso cuantitativo).

No basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada. Vg. después del allanamiento, el servidor público abusa sexualmente de una mujer que se encontraba en el lugar. En este caso no se trata de un exceso cuantitativo, porque en vez de un error en la intensidad del actuar, lo que se presenta es la creación de una nueva relación de riesgo (exceso cualitativo) completamente ajena al acto del servicio programado.

Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al

derecho internacional humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo. De otra parte, cuando se produce en el contexto de una actuación que empezó para salvaguarda de los fines, valores y derechos de la carta, las violaciones a los derechos fundamentales de las personas constituyen una desviación esencial de una operación que tenía un origen ajustado a los preceptos jurídicos.

20. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho), o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate), o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales.

Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento

para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa.

Lo anterior nos permite llegar a cuatro conclusiones en materia de fuero penal militar:

i) Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Esta equivalencia se presenta cuando el miembro de la fuerza pública tiene una posición de garante originada en los riesgos que debe controlar (garantes de vigilancia o de custodia) o en los bienes jurídicos que debe proteger (garantes de protección).

ii) Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, *por regla general* pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública.

Es conveniente precisar que la característica fundamental de los delitos impropios de omisión, es que éstos guardan una "identidad estructural y axiológica" con los delitos de comisión. Característica que no tienen los delitos de omisión propia, en los cuales el simple incumplimiento de un deber funcional basta para la configuración del ilícito. Si bien en algunos casos, en la omisión propia se pretende evitar la producción de un resultado y éste puede producirse por la ausencia de la acción esperada, el resultado no le es imputable al sujeto. En cambio, en la omisión impropia, los deberes que surgen de la posición de garante implican que está dentro de su ámbito de competencia la evitación del resultado típico. Ejemplo: la omisión

de socorro puede generar la producción de un daño en la persona que necesita ayuda, sin embargo, como el resultado lesivo no pertenece a la estructura del tipo, y no estaba dentro del ámbito de competencia del sujeto evitarlo, su realización no le es imputable al omitente.[10]

Con base en lo anterior podemos concluir que no están amparadas por el fuero penal militar, aquellas omisiones que guardan una identidad estructural con una conducta activa que viole en forma grave un derecho fundamental, porque en estos casos el resultado producido le es imputable al garante. Si bien hay algunas omisiones propias de garante (Vg., omisiones de socorro cualificadas que sólo pueden ser ejecutadas por miembros de la fuerza pública), en éstas el resultado lesivo que puede sobrevenir como consecuencia de la falta de realización de la acción esperada, no le es atribuible al omitente.

iii) Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.

---

10 Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, 1986, pp. 339 y ss. Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1995, p. 399. José Joaquín Urbano Martínez, *Los delitos omisivos en el Nuevo Código Penal,* XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 449. Según Edgar Lombana Trujillo, son delitos de omisión propia en el nuevo Código de Justicia Penal Militar, los siguientes "...omisión en el abastecimiento, art. 134; cobardía por omisión, art. 138; omisión en naufragio, catástrofe o siniestro, art. 164; omisión de auxilio, art. 167; omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, art. 168, y omisión de apoyo especial, art. 186. *Delitos de omisión, op. cit.*, p. 256.

iv) Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. Vg., facilitar la fuga de los grupos al margen de la ley, después de un ataque a la población civil, no desplegando ninguna actividad tendiente a la aprehensión de los responsables. En general, esto mismo puede afirmarse de los delitos conexos (por acción u omisión) tendientes a facilitar u ocultar la violación grave de derechos humanos. [...]

Derecho a la vida y a la integridad personal

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Las Palmeras (Colombia)
Sentencia de 6 de diciembre de 2001*

[...]

2. La Comisión Interamericana expuso en su demanda los hechos en que funda su reclamación.

El 23 de enero de 1991 el Comandante Departamental de la Policía de Putumayo ordenó a miembros de la Policía Nacional llevar a cabo una operación armada en la localidad de Las Palmeras, municipio de Mocoa, departamento de Putumayo. La Policía Nacional fue apoyada por efectivos del Ejército.

En la mañana de ese mismo día, se encontraban en la escuela rural de Las Palmeras unos niños que esperaban el comienzo de las clases y dos trabajadores que reparaban un tanque séptico. Éstos eran Julio Milciades Cerón Gómez y Artemio Pantoja. En un terreno lindero se hallaban los hermanos William Hamilton y Edebraes Norverto, ambos Cerón Rojas, ordeñando una vaca. El maestro Hernán Javier Cuarán Muchavisoy estaba por llegar a la escuela.

Las fuerzas del Ejército abrieron fuego desde un helicóptero e hirieron al niño Enio Quinayas Molina, en ese entonces de seis años, quien se dirigía a la escuela.

La Policía detuvo en la escuela y en sus alrededores al maestro Cuarán Muchavisoy, a los trabajadores Cerón Gómez y Pantoja, a

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

los hermanos William Hamilton y Edebraes Cerón y a otra persona no identificada que podría ser Moisés Ojeda o Hernán Lizcano Jacanamejoy. La Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente por lo menos a seis de estas personas.

Los miembros de la Policía Nacional y del Ejército realizaron numerosos esfuerzos para justificar su conducta. En este orden de ideas, vistieron con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, quemaron sus ropas y amedrentaron a varios testigos del caso. Igualmente, la Policía Nacional presentó siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento. Entre esos cadáveres se encontraban seis cuerpos de las personas detenidas por la Policía y un séptimo, cuyas circunstancias de muerte no han sido esclarecidas.

Como consecuencia de los hechos descritos, se iniciaron procesos de carácter disciplinario, administrativo y penal. El proceso disciplinario realizado por el Comandante de la Policía Nacional de Putumayo se falló en cinco días y se absolvió a todos los que participaron en los hechos de la localidad de Las Palmeras. Asimismo, se iniciaron dos procesos contencioso administrativos en los que se reconoció expresamente que las víctimas del operativo armado no pertenecían a ningún grupo armado y que el día de los hechos estaban realizando sus tareas habituales. Estos procesos permitieron comprobar que la Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente a las víctimas cuando se encontraban en estado de indefensión. En cuanto al proceso penal militar, después de siete años aún se encontraba en la etapa de investigación y todavía no se había acusado formalmente a alguno de los responsables de los hechos.

3. La Comisión Interamericana expuso el petitorio de su demanda en los términos siguientes:

[L]a Comisión solicita respetuosamente a la Honorable Corte que:

Concluya y declare que el Estado de Colombia ha violado el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención, y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, en perjuicio de Artemio Pantoja

Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milcíades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas y, de otra persona (quien puede ser Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda).

Establezca las circunstancias de la muerte de una séptima persona presuntamente fallecida en combate (Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda), a fin de determinar si se ha violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949.

Concluya y declare que el Estado de Colombia ha violado los artículos 8 y 25 de la Convención en perjuicio de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano Jacanamejo[y], y Moisés Ojeda, y de sus familiares.

Concluya y declare que como consecuencia de las violaciones a los derechos a la vida, a la protección y garantías judiciales, el Estado de Colombia también ha violado su obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención, conforme al artículo 1.1. de aquélla.

Ordene al Estado de Colombia:

a) Que lleve a cabo una investigación judicial rápida, imparcial y efectiva de los hechos denunciados y sancione a todos los responsables.

b) Que identifique exactamente si la otra persona ejecutada extrajudicialmente el 23 de enero de 1991 por miembros de la Policía Nacional fue Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda. Asimismo, se solicita a la Honorable Corte que ordene al Estado de Colombia realizar una investigación seria con el fin de aclarar las circunstancias en las cuales falleció la séptima víctima fatal sobre cuya muerte la Comisión no se pronunció.

c) Que otorgue una reparación integral a los familiares de las víctimas, entre otras, el pago de una indemnización justa (deducido lo ya pagado por concepto de indemnización monetaria en los casos contencioso administrativos de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milcíades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas) y la recuperación de la memoria histórica de las víctimas.

d) Que adopte las reformas necesarias a los reglamentos y programas de entrenamiento de las Fuerzas Armadas de Colombia, a fin de que se conduzcan todas las operaciones militares de acuerdo con los instrumentos internacionales y la costumbre internacional, aplicables a los conflictos armados de carácter interno.

e) Se imponga al Estado colombiano el pago de las costas y gastos en que han incurrido los familiares de las víctimas para litigar este caso en el ámbito interno así como ante la Comisión y la Corte, y los honorarios razonables de sus abogados.

[...] VI
Violación del artículo 4
Derecho a la Vida

32. La Comisión solicita que la Corte concluya y declare que Colombia ha violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención en perjuicio, en primer lugar, de cinco personas que identifica con precisión: Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas.

La Comisión aportó al acervo probatorio que consta ante la Corte copia de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño de 15 de abril de 1993 en que declaró responsable a Colombia por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez y Hernán Javier Cuarán Muchavisoy y la condenó, en consecuencia, al pago de da-

ños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 14 de diciembre de 1993. A su vez, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño de 23 de febrero de 1995 declaró responsable a Colombia por la muerte de Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas y la condenó, en consecuencia, al pago de daños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. Esta decisión fue confirmada el 15 de enero de 1996 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Dado que estas decisiones judiciales eran conocidas por la Comisión cuando presentó su demanda el 6 de julio de 1998, cabe preguntarse qué fin persigue ésta cuando solicita a la Corte que declare nuevamente que Colombia es responsable de la muerte de las personas indicadas. La Comisión parece entender que un tribunal interno sólo puede declarar la responsabilidad interna del Estado y que la declaración de responsabilidad internacional corresponde a un tribunal internacional. En este sentido, la Comisión dice en el punto II de su réplica: "Los Tribunales en lo contencioso administrativo establecieron la responsabilidad patrimonial del Estado a nivel *interno* por la ejecución de cinco de estas víctimas". (Énfasis agregado.)

En el punto II. A de ese escrito, la Comisión reitera la misma frase y luego agrega: "En su Contestación del 26 de diciembre de 1998, el Ilustre Estado reconoció su responsabilidad *internacional* por la violación del artículo 4 de la Convención Americana en perjuicio de las mencionadas personas". (Énfasis agregado.)

Por último, la Comisión solicitó a la Corte que dé por concluida la controversia sobre la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 4 de la Convención.

33. La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en Améri-

ca. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es "coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su "aprobación" o "confirmación".

34. En el presente caso, el Consejo de Estado de Colombia ha decidido en última instancia que el Estado es responsable por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas. Las sentencias que así lo deciden no han sido objetadas en este aspecto por las partes. Por lo tanto, la responsabilidad de Colombia quedó establecida en virtud del principio de cosa juzgada.

••

35. En el escrito de demanda, la Comisión se refiere a una sexta víctima que fue asesinada en las mismas condiciones que las otras personas y cuya identidad se desconoce. En las pruebas que obran en el expediente figura como NN /Moisés o NN/Moisés Ojeda. La agente de Colombia reconoció en la audiencia pública del 28 de mayo de 2001 "que en este caso se comprometió la responsabilidad estatal internacional derivada de la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón de la muerte de NN/Moisés Ojeda". La Comisión tomó nota del reconocimiento y, de este modo, quedó concluida la controversia sobre la responsabilidad respecto de la violación del derecho a la vida de esta persona.

• •

36. La demanda expresa que en los hechos ocurridos en Las Palmeras fueron muertas siete personas, siendo la séptima víctima Hernán Lizcano Jacanamejoy. La Comisión expresó que una de ellas murió presuntamente en combate, pero dudaba si se trata de NN/Moisés Ojeda o de Hernán Lizcano Jacanamejoy. Por esa razón, en la demanda solicita a la Corte que

> [E]stablezca las circunstancias de la muerte de una séptima persona, presuntamente fallecida en combate (Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda), a fin de determinar si [el Estado de Colombia] ha violado [en perjuicio de ella] el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención [...]

Al contestar la demanda, Colombia reconoció su responsabilidad por la muerte de Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Artemio Pantoja Ordóñez, Julio Milciades Cerón Gómez y William Hamilton y Edebraes Cerón Rojas. Manifestó también que, de las sentencias dictadas en el orden interno y del material probatorio disponible, resulta que una de las siete víctimas de Las Palmeras "murió en un enfrentamiento con miembros de la Policía Nacional". Respecto de la otra persona, el Estado dijo que no dispone de "elementos de juicio suficientes para definir si su muerte constituyó o no una violación del derecho a la vida en los términos del artículo 4 de la Convención".

La Comisión expresó en su réplica que, con base en las pruebas aportadas por Colombia a esta causa, ha llegado a la conclusión de que NN/Moisés Ojeda fue ejecutado por miembros de la Policía Nacional cuando se encontraba bajo su custodia. Además, manifestó que:

> los testimonios de varios agentes del Estado que participaron en el operativo confirman que las características físicas de la persona que habría aparentemente muerto en combate no corresponden a las de NN/Moisés sino que se aproximan más a las de Hernán Lizcano Jacanamejoy.

Si bien la Comisión invoca el testimonio de uno de los intervinientes en el operativo para afirmar que NN/Moisés Ojeda fue la persona que fue ejecutada por las fuerzas de la Policía una vez capturada, también la Comisión pone en duda los testimonios de otros policías participantes en cuanto afirman que Hernán Lizcano Jacanamejoy murió en combate. En este sentido, la Comisión "considera que existen elementos para poner en duda la veracidad de este aspecto de los mencionados testimonios". Más adelante, la Comisión dijo que no existen pruebas suficientemente precisas que confirmen las circunstancias de la muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy:

> Con base en estas consideraciones respecto a la prueba disponible, la Comisión considera que las circunstancias del fallecimiento de Hernán Lizcano Jacanamejoy y, por lo tanto, la responsabilidad del Ilustre Estado por la violación del artículo 4 en forma coextensiva con los principios recogidos en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, no son aún claras.

La Comisión se reservó el derecho de solicitar la exhumación del cuerpo de Hernán Lizcano Jacanamejoy y la reconstrucción de los hechos a fin de analizar la trayectoria de los disparos.

En su escrito de dúplica, Colombia se limitó a expresar que los análisis y las conclusiones a las que ha llegado la Comisión sobre la situación de NN/Moisés Ojeda y Hernán Lizcano Jacanamejoy resultan de mucha utilidad para sus autoridades, han sido objeto de un detenido estudio y a ellas habría de referirse en la oportunidad procesal correspondiente.

37. En la audiencia pública celebrada el día 28 de mayo de 2001, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del artículo 4 de la Convención respecto de la muerte de NN/Moisés Ojeda.

En esa ocasión, y en cuanto a la situación de Hernán Lizcano Jacanamejoy, la Comisión sostuvo primeramente que los testimonios de los funcionarios policiales que participaron en el operativo "no son creíbles" y analizó otras pruebas allegadas a esta causa. La Comisión llamó la atención de la Corte acerca de la trayectoria de

las balas en el cuerpo de Hernán Lizcano Jacanamejoy, según la autopsia efectuada que, a su criterio, "sugiere una ejecución extrajudicial". En cuanto a las pruebas relativas a la muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy, la Comisión sostuvo:

> Las circunstancias particulares del presente caso permiten invertir la carga de la prueba, a fin de establecer la responsabilidad del Estado en la violación del derecho a la vida del señor Hernán Lizcano, desde el punto de vista muy especial del derecho internacional de los derechos humanos.

Colombia se valió principalmente de las declaraciones testimoniales de Victoria Eugenia Yepes y Pedro Elías Díaz Romero sobre las pruebas producidas en los procesos internos, la mayoría de las cuales están agregadas al expediente, y su agente concluyó:

> En consecuencia, frente a esta pretensión de esclarecimiento de los hechos, debe señalarse que la justicia colombiana, como ha quedado demostrado, estableció y tal como lo presumía la Comisión en su solicitud, que el señor Lizcano Jacanamejoy falleció en combate y por ende, en manera alguna, su muerte puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, como que no se trata de una ejecución sumaria o extrajudicial.

38. Según se indicó precedentemente (supra párr. 27),* la Corte dispuso la exhumación de los restos de Hernán Lizcano Jacanamejoy y la realización de los exámenes correspondientes –análisis antropológico y examen médico forense de sus restos óseos–. El informe de estos análisis expresa que la víctima recibió al menos dos disparos de armas de fuego. En cuanto a la trayectoria de los disparos, señala:

---

* Las indicaciones supra e infra corresponden al texto original; ver documento completo.

> A pesar de no poder determinarse en este caso la dirección precisa de los disparos a partir de los restos óseos, en las piezas en que sí se observaron posibles direcciones, las mismas concuerdan con lo descrito en la autopsia [...]
>
> Por otro lado, las trayectorias descritas en la autopsia, en algunos aspectos corroboradas y en otros admitidas como posibilidad por el examen antropológico, llaman la atención en términos de hipótesis sobre el modo o la manera de muerte, en primer lugar porque ambos disparos se describen con dirección posteroanterior. En particular, la dirección descrita en la autopsia sobre el disparo con entrada en el cuello lateral derecho y con salida en la zona del hipocondrio derecho, es fuertemente vertical, de arriba hacia abajo. Esto supone posiblemente una posición de altura superior del tirador sobre la víctima, ya sea que se encontrara a una altura superior en el terreno o en el aire o que la víctima se encontrara en una posición física de flexión en relación al tirador. Desde un punto de vista médico-legal, la trayectoria de los disparos sugiere la posibilidad de homicidio como manera de muerte.
>
> En cuanto a la distancia de los disparos, desgraciadamente no están de hecho mencionados en el protocolo de autopsia signos que puedan caracterizarla, como negro de humo, tatuajes de pólvora, orla de contusión y quemadura, vestigios de grasa del cañón del arma. El análisis de los restos óseos no reveló tampoco ninguna información al respecto.

La pericia ordenada por la Corte para analizar los residuos de proyectil de arma de fuego encontrados en los restos de Hernán Lizcano Jacanamejoy, efectuada mediante la técnica de espectrometría de masas acoplada inductivamente a plasma, no brindó mayores precisiones sobre la forma como murió Lizcano Jacanamejoy. Sin embargo, la Comisión se ha valido de una "pericia" elaborada por el señor Héctor Daniel Fernández, observador designado en dicha pericia a propuesta de la Comisión, quien afirma de modo categórico que "la víctima al momento de recibir los disparos se encontraba en posición arrodillado".

39. En su alegato final, la Comisión desarrolló dos tesis sobre la responsabilidad de Colombia respecto de la muerte de Lizcano Jacanamejoy. En primer lugar, sostuvo que las pericias efectuadas constituyen una prueba contundente de que la víctima fue ejecutada por agentes del Estado cuando estaba indefensa. En segundo término, e invocando varios precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión afirma que Colombia es responsable de la muerte de Lizcano Jacanamejoy por no haber realizado una investigación seria de cómo ocurrieron los hechos.

Respecto de la responsabilidad del Estado por haber omitido las investigaciones debidas, Colombia señaló en su alegato final que se trata de una tesis sustentada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos cuyo contexto normativo y situación fáctica no son análogos al presente caso. En cuanto a la "pericia" del señor Fernández, el Estado la impugnó en cuanto a su forma y fondo. Expresó, entre otras cosas, que no se trata de una pericia proveniente de algún experto designado por la Corte, que carece de valor probatorio y que la pericia en la que el señor Fernández fue observador se funda en un estudio químico y no es una pericia balística.

• •

40. En resumen, de acuerdo con lo expuesto en estas actuaciones, la Comisión sostiene que Colombia es responsable por la muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy con base en tres concepciones, a saber: a) la inversión del *onus probandi* que exigiría que el Estado pruebe que no es responsable de la muerte de Lizcano Jacanamejoy; b) la omisión de investigación de los hechos ocurridos, que conduciría a la responsabilidad del Estado; y c) las pruebas producidas, particularmente las pericias.

La Corte examinará a continuación cada una de las tesis expuestas.

41. a) Tal como ha sido expuesto precedentemente (supra párrs. 35 y 36), la Comisión ha ido modificando su tesis acerca de la norma aplicable en materia de *onus probandi* a medida que el proceso se ha desarrollado.

En efecto, en su escrito de demanda, la Comisión solicitó a la Corte que establezca las circunstancias de la muerte de una séptima víctima, fallecida presuntamente en combate, a fin de determinar si Colombia había violado el artículo 4 de la Convención Americana. Esto significa que la Corte debía investigar los hechos a fin de precisar las pruebas de la responsabilidad de Colombia.

En la réplica, la Comisión expresó que las circunstancias del fallecimiento de Hernán Lizcano Jacanamejoy no eran claras y que, por lo tanto, tampoco lo era la responsabilidad de Colombia respecto del artículo 4 de la Convención Americana. La tesis de la Comisión, como puede observarse, comienza aquí a modificarse y da a entender que Colombia tendría que demostrar su falta de responsabilidad.

No obstante, la tesis de la Comisión aparece claramente expuesta en la audiencia pública sobre el fondo de 28 de mayo de 2001. Ésta afirma que debe haber aquí una inversión de la carga de la prueba debido a "las circunstancias particulares del presente caso" y "desde el punto de vista muy especial del derecho internacional de los derechos humanos". La Comisión no especifica en qué consisten "las circunstancias particulares del presente caso" ni tampoco qué es eso del "punto de vista muy especial del derecho internacional de los derechos humanos". El *onus probandi* no es dejado a la libertad del juez, sino que está precisado por las normas jurídicas en vigor. La Comisión no ha invocado ningún tratado en que funda su pretensión ni tampoco ha intentado probar la existencia de ninguna norma consuetudinaria general o particular sobre la cuestión.

Es posible que un tribunal determine, en un caso concreto, el grado de intensidad de la prueba requerida para acreditar un hecho. Por lo tanto, en estas circunstancias, y a fin de probar la responsabilidad de Colombia, debe demostrarse que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado por agentes estatales.

42. b*)* La segunda tesis desarrollada por la Comisión consiste en afirmar que si el Estado no ha realizado una investigación seria de los hechos ocurridos, debe asumir la responsabilidad por la muerte

de Lizcano Jacanamejoy. En este sentido, la Comisión expresa en su alegato final: "Las omisiones del Estado en esta área constituyen violaciones del derecho a la vida de la víctima sobre la base de la falta de una investigación seria".

Anteriormente, la Comisión ya había manifestado en la audiencia pública:

> La responsabilidad por la violación del derecho a la vida, se compromete asimismo por la falta de garantía de la protección de este derecho. La Comisión considera que el hecho mismo de no haberse efectuado una investigación profunda, efectiva e imparcial de los hechos, según lo establecido en distintos artículos de la Convención Americana, viola la obligación afirmativa del Estado de asegurar y proteger el derecho a la vida. Ello en virtud de que la protección de este derecho no se limita únicamente al momento de la fatalidad, no se limita únicamente a la obligación de respetar este derecho sino que el Estado debe proveer un procedimiento *ex post facto* para establecer que los hechos que rodean un asesinato perpetrado por sus agentes no han sido cometidos por los mismos.

La Corte estima que es posible que, en un caso determinado, se pueda interpretar la omisión de investigación como una forma de encubrir a los autores de un delito contra la vida,[1] pero no puede erigirse este razonamiento en una norma válida para todos los casos. Independientemente de la cuestión de la validez de la pretendida norma, es de señalar que ella sería aplicable en ausencia de una investigación seria. En el presente caso, no es posible afirmar que no hubo una investigación seria de lo ocurrido. Hay dos sentencias de

---

1 Caso Bámaca Velásquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párrs. 191, 194 y 200; caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, No. 68, párrs. 122 y 130; caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párrs. 228-230, 233 y 237.

la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia de 1993 y 1996, o sea, anteriores a la demanda, que declaran al Estado responsable por los hechos sucedidos con respecto a cinco de las víctimas (supra, párrs. 32 y 34). Si bien los acontecimientos ocurrieron el 23 de enero de 1991, mientras la investigación se desarrolló en la justicia penal militar hasta principios de 1998, el Estado no se empeñó en esclarecer los hechos. A partir de ese momento hubo una modificación importante de la situación al asumir la investigación penal la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, lo cual fue reconocido por la Comisión en la audiencia pública.

La investigación exigida como requisito por la Comisión no puede ser idéntica a la que se lleva a cabo en el presente proceso porque, si así fuere, aquella norma sería redundante y carecería de sentido. A criterio de la Corte, la investigación previa exigida como requisito por la Comisión se ha realizado, lo cual excluye su eventual aplicación en el presente caso.

43. c) La muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy es la única en este episodio que no fue objeto de una acusación penal por parte de la justicia colombiana. La Fiscalía General de la Nación llegó a la conclusión de que esta persona había muerto en combate con miembros de la policía. Se funda para ello, entre otras pruebas, en las declaraciones indagatorias del capitán Antonio Alonso Martínez, de los tenientes Jaime Alberto Peña Casas y Rafael Ordóñez Merjech y de los agentes Elías Sandoval Reyes y Wilson Botina Papamija, en la declaración del ex agente policial Pablo Lugo Herrera, en las declaraciones de los campesinos Clodomiro Burgos Acosta y Leonardo Alvarado, y en los testimonios de Isidoro Cuarán Muchavisoy y de una hermana de la víctima, María Córdula Mora Jacanamejoy. Así lo expuso el señor Pedro Elías Díaz Romero en la audiencia pública, quien fue coordinador de la Unidad de Derechos Humanos de esa Fiscalía.

La Comisión Interamericana, por el contrario, sostiene que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado por las fuerzas colombianas. Ésta

trató de objetar las pruebas producidas por el Estado. En este sentido, argumentó que los testimonios de los agentes de la policía que participaron en el operativo no son creíbles. Manifestó también que las autoridades estatales no habían recogido casquillos ni balas en el lugar donde se dio muerte a Lizcano Jacanamejoy, que no se habían tomado muestras de pólvora en las manos de la víctima para saber si disparó un arma y que se habían omitido otras diligencias importantes.

Las pruebas fundamentales sobre las que la Comisión basa su argumentación son las pericias realizadas. Así lo expresan varios pasajes de sus alegatos finales:

> Según ya se adelantara, tanto el Informe Forense como el Peritaje Balístico aportan evidencia contundente que demuestra que Hernán Lizcano Jacanamejoy no falleció en un enfrentamiento. Por el contrario, la víctima fue ejecutada en total estado de indefensión y por lo tanto en forma arbitrariamente [sic], mientras se encontraba bajo la custodia del Estado.
>
> [...]
>
> La consideración de la trayectoria de los disparos establecida por los peritos y el hecho de que Hernán Lizcano haya muerto arrodillado, descarta toda posibilidad de explicar, según lo alegó el Estado, la muerte de Hernán Lizcano como consecuencia de un enfrentamiento armado. La Comisión considera que los peritajes revelan en forma inequívoca que Hernán Lizcano no murió en un enfrentamiento con agentes de la Policía Nacional sino que fue ejecutado en estado de indefensión al igual que las otras seis víctimas.
>
> [...]
>
> El resultado de las pericias forense y la balística, sumado a los claros indicios de repetición del *modus operandi* de los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, indican de manera contundente que Hernán

> Lizcano fue ejecutado en forma arbitraria, en violación del artículo 4 de la Convención Americana.

44. Corresponde ahora examinar las pericias que sirven de fundamento a la Comisión.

La primera es el análisis antropológico y examen médico forense ordenado por la Corte. La Comisión subraya principalmente un pasaje que ha sido transcrito anteriormente en esta sentencia (supra párr. 38). El informe se refiere a un disparo con entrada en el cuello lateral derecho y con salida en la zona del hipocondrio derecho del cuerpo de Hernán Lizcano Jacanamejoy que tiene una trayectoria fuertemente vertical, de arriba hacia abajo. Luego, la pericia explica las situaciones posibles entre el tirador y la víctima que podrían haber hecho que el disparo describiera esa trayectoria y dice:

> Esto supone posiblemente una posición de altura superior del tirador sobre la víctima, ya sea que se encontrara a una altura superior en el terreno o en el aire o que la víctima se encontrara en una posición física de flexión en relación al tirador.

Como puede observarse, la frase da tres ejemplos posibles, pero los peritos no optan por ninguno de ellos Tampoco dicen que esas tres alternativas son las únicas, porque están dadas a título de ejemplo.

45. El 7 de septiembre de 2001, la Corte, atendiendo las conclusiones de los autores del Informe antropológico y médico forense, dispuso la realización de un estudio de los residuos de proyectil de arma de fuego encontrados en los restos de Hernán Lizcano Jacanamejoy, el cual fue realizado por análisis químico mediante la técnica de espectrometría de masas acoplada inductivamente a plasma. Posteriormente, la Comisión propuso como perito para participar en esos estudios al señor Héctor Daniel Fernández. Finalmente, el Presidente autorizó que el señor Fernández participara en calidad de observador en la pericia (supra, párr. 28).

El señor Fernández elaboró un "informe pericial" dirigido a la Comisión Interamericana, que fue presentado como anexo al escrito de conclusiones de esta última. El señor Fernández dice:

> Al evaluar detenidamente los resultados obtenidos, y ampliamente explicitados en el informe respectivo (Misión de Trabajo QA-04590/2001) y fundándome en principios técnico-científicos que rigen esta disciplina, me encuentro en condiciones de realizar las siguientes consideraciones:
>
> [...]
>
> 6. La fractura del antebrazo izquierdo y heridas en la mano del mismo lado, "corresponden de observación al mismo disparo enunciado como N° 1" según mi criterio de observación, lo cual explicaría claramente que la víctima al momento de recibir los disparos se encontraba en posición "ARRODILLADO". Obviamente, el proyectil que produjo esta trayectoria es el de punta "ojival", explicable en la potencia y aerodinamia que le son propias.
>
> Por último, debo destacar que para realizar estas afirmaciones, las cuales son de carácter categórico, me he basado en un exhaustivo análisis del informe médico-legal, como así también del minucioso detalle aportado por el citado informe del estudio de Espectrometría de Masas acoplada inductivamente a Plasma (QA-04590/2001), cuyos cuadros descriptivos resultan por demás evidentes.

46. Un análisis de lo afirmado por el señor Fernández muestra que sus dichos no se basan en ningún criterio lógico y que, por lo tanto, carecen de valor como prueba.

• •

47. La Corte ha examinado detenidamente las manifestaciones y argumentos expuestos por las partes y las pruebas producidas por

ellas. Las ha evaluado teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que los hechos han ocurrido y ha llegado a la conclusión de que no existen en estas actuaciones pruebas suficientes que permitan afirmar que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado por las fuerzas estatales en violación al artículo 4 de la Convención Americana. [...]

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas
Caso A. S. contra Suecia
Comunicación 149/1999
Decisión adoptada el 24 de noviembre de 2000

1.1. La autora de la comunicación es A. S., súbdita iraní que reside con su hijo en Suecia, donde ha solicitado la condición de refugiado. La autora y su hijo llegaron a Suecia el 23 de diciembre de 1997 y solicitaron asilo el 29 de ese mes. La Sra. S. alega que al volver a la República Islámica del Irán correría el riesgo de ser torturada y ejecutada, por lo que su repatriación forzada constituiría una violación del artículo 3 de la Convención por parte de Suecia. Está representada por letrada.

1.2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 22 de la Convención, el Comité señaló a la atención del Estado Parte la comunicación Nº 149/1999 el 12 de noviembre de 1999. En virtud del párrafo 9 del artículo 108 del reglamento del Comité, se pidió al Estado Parte que no expulsara a la autora al Irán mientras el Comité no hubiera examinado su caso. En una exposición de fecha 12 de enero de 2000, el Estado Parte informó al Comité que la autora no sería expulsada a su país de origen mientras el Comité estuviera examinando su comunicación.

Los hechos expuestos por la autora

2.1. La autora afirma que nunca se ha metido en política en el Irán. En 1981, su esposo, que era un alto oficial de la Fuerza Aérea iraní, murió en circunstancias poco claras durante un entrenamiento; no ha sido posible determinar si su muerte fue accidental. Según la autora, tanto ella como su esposo pertenecían a familias laicas opuestas al régimen de los mullah.

2.2. En 1991, el Gobierno de la República Islámica del Irán declaró mártir a su difunto esposo. La autora afirma que el martirio es una cuestión de suma importancia para los musulmanes chiítas del Irán. Todas las familias de mártires son apoyadas y cuidadas por el Comité de Mártires, *Bonyad-e Shahid*, fundación que tiene mucho poder en la sociedad iraní. Así, pues, aun cuando la condición social y las condiciones materiales de vida de ella y sus dos hijos mejoraron mucho, la autora tuvo que someterse a las estrictas normas de la sociedad islámica con más ahínco que antes. Una de las finalidades de *Bonyad-e Shahid* era convencer a las viudas de los mártires de que se volvieran a casar, lo que la autora se negaba a hacer.

2.3. Finalmente, a fines de 1996 uno de los dirigentes de *Bonyad-e Shahid*, el destacado ayatolá Rahimian la obligó a casarse con él amenazando con hacerle daño a ella y a sus hijos, el menor de los cuales es discapacitado. El ayatolá era un hombre poderoso que contaba con el apoyo de las leyes. La autora alega que se la obligó a contraer un tipo de matrimonio llamado *sighe* o *mutah*, que es un matrimonio de corta duración, en el presente caso un año y medio, y cuya legitimidad reconocen únicamente los musulmanes chiítas. No se esperaba que la autora viviera con su esposo, sino que estuviera a su disposición cuando a éste se le antojara.

2.4. En 1997, la autora conoció a un cristiano y se enamoró de él. Ambos se encontraban en secreto, ya que la mujer musulmana no debe tener contacto con cristianos. Una noche, la autora no pudo encontrar un taxi y él la condujo a casa en su coche. En una barricada fueron detenidos por los *pasdaran* (guardias revolucionarios iraníes), que registraron el vehículo. Cuando comprobaron que él

era cristiano y ella la viuda de un mártir, los llevaron retenidos a la comisaría de Ozghol en el distrito Lavison de Teherán. Según la autora, desde entonces no ha vuelto a verlo, pero alega que después de llegar a Suecia se ha enterado de que bajo tortura él confesó el adulterio y fue encarcelado y condenado a morir lapidado.

2.5. La autora dice que fue maltratada durante el interrogatorio a que la sometieron las hermanas *zeinab,* que son el equivalente femenino de los *pasdaran*, encargadas de investigar a sospechosas de “no actuar conforme a los preceptos del islam”, y se le informó de que su caso se había remitido al Tribunal Revolucionario. Cuando se descubrió que la autora no sólo era la viuda de un mártir, sino la esposa *sighe* de un poderoso ayatolá, los *pasdaran* contactaron a éste. La autora fue llevada a la casa del ayatolá y duramente castigada por éste durante cinco o seis horas. Dos días después se permitió que la autora se marchara y el ayatolá se valió de su poder para que el caso no pasara al Tribunal Revolucionario.

2.6. La autora afirma que antes de esto había obtenido con dificultad el visado para visitar a su cuñada en Suecia. El viaje estaba previsto para el día siguiente al día en que se marchó de la casa del ayatolá. Según la información presentada, la autora había planeado ir de Suecia al Canadá, adonde ella y su amante esperaban poder emigrar, ya que él tenía familiares allí, entre ellos un hijo. La autora no tuvo dificultad para salir del Irán junto con su hijo menor con un pasaporte válido y el visado obtenido.

2.7. La autora y su hijo llegaron a Suecia el 23 de diciembre de 1997 y pidieron asilo el 29 de ese mes. El 13 de julio de 1998, la Junta de Inmigración de Suecia rechazó la petición de asilo de la autora y, el 29 de octubre de 1999, la Junta de Apelación de Extranjería desestimó su recurso de apelación.

2.8. La autora indica que después de marcharse del Irán fue condenada a morir lapidada por adúltera. El ayatolá se puso en contacto con la cuñada de la autora, que vive en Suecia, y le dijo que la autora había sido declarada culpable y que las autoridades habían encontrado películas y fotografías de la pareja en el apartamento de su compañero cristiano, que habían servido de prueba.

2.9. La autora señala a la atención del Comité un informe de la Embajada de Suecia en el Irán en que se afirma que el capítulo I de la Ley iraní *hudud* trata del adulterio, incluida la prostitución, y del incesto, siendo una prueba satisfactoria de ambos la confesión reiterada cuatro veces o el testimonio de cuatro hombres sin tacha o de tres hombres y dos mujeres, todos los cuales deben ser testigos oculares. Se aplica la pena capital en los casos de incesto y otros casos que se especifican, como cuando el adúltero no es musulmán y la mujer perjudicada es musulmana. Se pide la lapidación cuando el adúltero está casado. Se subraya asimismo que, aunque no se cumplan las estrictas normas de la prueba, el autor puede ser condenado igualmente a muerte según el derecho penal, en que las reglas relativas a la prueba son más flexibles.

2.10. La autora también señala a la atención del Comité la documentación presentada por las autoridades de inmigración suecas en apoyo de su alegación, incluso un certificado de su condición de viuda de un mártir. También incluye un certificado médico del Hospital Psiquiátrico Kungälvs, en que se indica que padece de ansiedad, insomnio, ideas suicidas y un gran temor por su seguridad personal en caso de ser repatriada al Irán. En el certificado se afirma que la autora presenta los síntomas del síndrome de estrés postraumático combinado con una depresión clínica.

La denuncia

3.1. La autora afirma que existen razones fundadas para creer que si la devolvieran al Irán sería torturada. En consecuencia, su repatriación forzada constituiría una violación del artículo 3 de la Convención por parte de Suecia. Además, la autora sostiene que en el Irán hay un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos, que debería tenerse en cuenta para decidir si es expulsada.

Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo de la cuestión

4.1. En su exposición de 24 de enero de 2000, el Estado Parte señala que no tiene conocimiento de que esta cuestión haya sido o esté siendo examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional. En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, el Estado Parte explica que con arreglo a la Ley de extranjería de Suecia en cualquier momento la autora puede volver a pedir un permiso de residencia a la Junta de Apelación de Extranjería sobre la base de nuevas circunstancias efectivas que no hayan sido examinadas previamente. Por último, el Estado Parte sostiene que la comunicación es inadmisible porque es incompatible con las disposiciones de la Convención y no ha sido sustanciada como corresponde.

4.2. En cuanto al fondo de la comunicación, el Estado Parte explica que, al determinar si se aplica el artículo 3 de la Convención, son pertinentes las siguientes consideraciones: a) la situación general de derechos humanos en el país receptor, si bien la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de estos derechos no es en sí misma determinante, y b) el riesgo personal del interesado o la interesada de ser sometidos a tortura en el país a que serían devueltos.

4.3. El Estado Parte sabe que en el Irán tienen lugar violaciones de los derechos humanos, comprensivas de ejecuciones extrajudiciales y sumarias, desapariciones y la difundida práctica de la tortura y otros tratos degradantes.

4.4. En orden a evaluar si la propia autora estaría en peligro de ser sometida a tortura si fuera devuelta al Irán, el Estado Parte señala a la atención del Comité que varias disposiciones de la Ley de extranjería de Suecia reflejan el principio establecido en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención. El Estado Parte recuerda la jurisprudencia del Comité según la cual a efectos del artículo 3 el interesado debe enfrentar un riesgo previsible, real y personal de ser sometido a tortura en el país al cual sea devuelto. El Estado Parte remite, además, a la Observación General del Comité sobre la aplicación del

artículo 3 de la Convención, que dice que el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha, si bien no es necesario demostrar que será muy probable.

4.5. El Estado Parte recuerda que la autora de la presente comunicación no ha pertenecido a ninguna organización política, ni ha tenido ninguna actividad política en su país de origen. La autora afirma que fue sentenciada a la lapidación por un tribunal revolucionario en el Irán y asegura que esta sentencia se ejecutaría si se la devolviera allí. El Estado Parte afirma basarse en la evaluación de los hechos y pruebas y en la evaluación de la credibilidad de la autora realizada por la Junta de Inmigración de Suecia y la Junta de Apelación de Extranjería cuando examinó las pretensiones de la autora.

4.6. En su decisión del 13 de julio de 1998, la Junta de Inmigración de Suecia señalaba que, aparte de dar el nombre de su marido según la modalidad *sighe* y de su amigo cristiano, la autora no produjo información comprobable en varios aspectos como el número de teléfono, la dirección o el nombre de los familiares de su amigo cristiano. La Junta de Inmigración consideró extraño que afirmara no saber la dirección exacta de su amigo cristiano y señaló en este contexto que la autora no deseaba siquiera comunicar su propia dirección en el Irán.

4.7. Además, la Junta de Inmigración señaló que, en la investigación inicial, la autora había afirmado que un amigo suyo perteneciente a *pasdaran* le había dado fotografías de personas torturadas en la cárcel Evin, que ella le había pedido "por curiosidad" y que entregó a su amigo cristiano, pero "sin saber" para qué las quería. La Junta de Inmigración consideró que la información suministrada por la autora a este respecto carecía de credibilidad y parecía estar enderezada a no revelar detalles comprobables.

4.8. Por último, la Junta de Inmigración puso en duda la credibilidad de la versión de la autora de su matrimonio con el ayatolá, su relación con un cristiano y los problemas que se plantearon en consecuencia.

4.9. La Junta de Apelación de Extranjería, en su decisión de 29 de octubre de 1999, se mostró de acuerdo con la evaluación de la Junta

de Inmigración. La Junta remitió además a los trabajos preparatorios de la Ley de extranjería de 1989, en que se declara que la evaluación de las pretensiones de un solicitante de asilo debe basarse en las declaraciones del solicitante si su afirmación de que fue perseguido o perseguida parece plausible y no se puede poner en claro qué sucedió realmente. La Junta señaló que la autora había decidido basar su petición de asilo únicamente en sus propias declaraciones y que no había aportado pruebas por escrito en apoyo de sus pretensiones, a pesar de que se le había indicado la importancia de hacerlo.

4.10. Además de las decisiones de la Junta de Inmigración y de la Junta de Apelación de Extranjería, el Estado Parte remite al Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), según el cual el solicitante debe: "i) decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso", [y] "ii) esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos de falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios". Según el Manual, debe concederse al solicitante el beneficio de la duda, pero sólo cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante.

4.11. En el presente caso, el Estado Parte recuerda en primer lugar al Comité que la autora se negó a suministrar información comprobable y que sus motivos para actuar así, a saber, que su amigo se lo había prohibido y que hay nuevos inquilinos en su apartamento en Teherán, no son plausibles.

4.12. En segundo lugar, el Estado Parte afirma que parece poco probable que la autora, por pura curiosidad, deseara tener fotografías de personas torturadas. Parece todavía menos lógico que entregara esas fotografías a una persona que había conocido hacía sólo unos meses. Además, el Estado Parte señala que, si bien la autora afirma que las autoridades del Irán tienen una película de la última

vez que se vio con su amigo, la autora no ha suministrado más información sobre esta cuestión.

4.13. El tercer motivo para dudar de la credibilidad de la autora, es que ella no ha producido ninguna sentencia ni otras pruebas en apoyo de su afirmación de que fue condenada por adulterio por un tribunal revolucionario. Además, la autora no ha dado ninguna explicación de las razones porque su cuñada [sic] no pudo obtener copia de la sentencia del tribunal revolucionario cuando estuvo de visita en el Irán. El Estado Parte señala también que, según la información de que dispone, en el Irán los tribunales revolucionarios tienen jurisdicción sobre delitos políticos y religiosos, pero no sobre delitos como el adulterio. Los delitos *hudud*, a saber, los crímenes contra Dios, entre ellos el adulterio, son competencia de los tribunales ordinarios.

4.14. El Estado Parte señala a la atención del Comité además que la autora salió de Teherán sin ningún problema apenas unos días después del incidente que supuestamente provocó su detención, lo que indicaría que las autoridades del Irán no tenían ningún interés en ella en el momento de su partida. Además, la autora ha afirmado que entregó su pasaporte a su cuñado al llegar a Suecia. Sin embargo, el Estado Parte señala que el número del pasaporte figura en la solicitud de asilo que hizo seis días después. La explicación que dio su abogada durante el procedimiento de concesión de asilo, que el número podía proceder de una visita anterior de la autora a Suecia en 1996, es poco verosímil. No hay nada en el expediente de la autora que haga pensar que los documentos relativos a una anterior visita a Suecia estuvieran disponibles durante el procedimiento de solicitud de asilo.

4.15. El Estado Parte también señala a la atención del Comité que la autora no ha aportado ningún informe médico en apoyo de su afirmación de que el ayatolá Rahimian la golpeó brutalmente sólo unos días antes de su llegada a Suecia. Además, según información recibida por el Estado Parte, hasta abril de 1999 el jefe de *Bonyad-e Shahid* era el Hojatolleslam Mohammad Rahimian, que no es ayatolá.

4.16. Por último, el Estado Parte agrega que, cuando la cuñada de la autora pidió asilo en Suecia en 1987, declaró que su hermano, el difunto marido de la autora, había fallecido en un accidente de aviación en 1981 debido a un desperfecto técnico. Diez años después, el cuñado de la autora y su familia también solicitaron asilo y dijeron que el marido de la autora había sido asesinado por criticar al régimen y que, por lo tanto, él y su familia estarían en peligro de ser perseguidos si eran devueltos al Irán. El cuñado y su familia fueron devueltos al Irán en noviembre de 1999 y el Estado Parte afirma que no ha recibido ninguna indicación de que hayan sido objeto de malos tratos.

4.17. Sobre la base de lo anterior, el Estado Parte sostiene que la credibilidad de la autora puede ponerse en duda, no ha aportado ninguna prueba en apoyo de su afirmación y, por consiguiente, no debería concedérsele el beneficio de la duda. El Estado Parte concluye que la ejecución de la orden de expulsión al Irán en las actuales circunstancias no constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.

Observaciones de la abogada

5.1. En sus exposiciones de fecha 4 de febrero y 6 de marzo de 2000, la abogada rechaza los argumentos del Estado Parte sobre el hecho de que la autora no exhibió pruebas por escrito. La abogada manifiesta que la autora produjo la única prueba escrita que pudo obtener, sus documentos de identidad y la certificación de que es la viuda de un mártir. La abogada afirma que el propio ayatolá ofició el matrimonio *sighe* o *mutah* sin testigos ni contrato escrito. En cuanto a que la autora no entregara a las autoridades de inmigración un acta de la sentencia del tribunal, la abogada sostiene que ella sólo dispuso de información de segunda mano sobre el veredicto que se pronunció después de su partida del Irán. Por consiguiente, no puede producir un acta del veredicto. La abogada pone en duda, además, que la cuñada de la autora hubiese podido conseguir una copia del

veredicto cuando estuvo en el Irán. Añade que la cuñada de la autora hace tiempo que no tiene contacto con ella puesto que está muy resentida porque la autora ha tenido contacto con otros hombres después del fallecimiento de su ex marido.

5.2. La abogada reconoce que crímenes como el adulterio son juzgados en tribunales ordinarios. Sin embargo, señala a la atención del Comité que las normas sobre jurisdicción no son tan estrictas en el Irán como, por ejemplo, en el Estado Parte y que el juez que conoce del caso puede escoger el tribunal. Además, el que la viuda de un mártir estuviera con un cristiano dentro de su coche constituiría probablemente un caso de "comportamiento contrario a los preceptos islámicos" y, por consiguiente, sería competencia del Tribunal Revolucionario. Aunque no fuera así, la abogada recuerda al Comité que sólo se ha informado a la autora de que ha sido condenada a muerte por lapidación. La autora, que no es jurista y que se basa en lo que se le dijo durante el interrogatorio a cargo de las hermanas *zeinab*, supone que la sentencia fue dictada por el Tribunal Revolucionario, y esta suposición no debería ser un motivo para dudar de la veracidad de todas sus afirmaciones.

5.3. La abogada declara que la autora ha dado una explicación verosímil de por qué no pudo o no quiso suministrar a las autoridades suecas determinadas direcciones o números de teléfono. En primer lugar, prometió por motivos de seguridad que no divulgaría el número de teléfono de su amante y no desea romper esta promesa ni siquiera a petición de las autoridades de inmigración. El cristiano siempre se ponía en contacto con ella por su teléfono móvil, que él le había procurado expresamente para ello. La autora dejó el teléfono móvil en el Irán cuando partió y nunca ha marcado este número ella misma ni se lo ha dado a nadie, por lo que no puede recordarlo. Además, la abogada afirma que la dirección que aparece en la solicitud de visado de la autora era la suya propia, pero la autora ha explicado repetidas veces que están viviendo allí nuevos inquilinos y que ella no desea causarles ninguna dificultad a consecuencia de las investigaciones que realicen las autoridades suecas. Por último, la abogada hace hincapié en que la autora ha suministrado información

detallada sobre el barrio, Aghdasiye, donde vivía su amante y que ha subrayado repetidamente que nunca supo la dirección exacta porque siempre acudió a sus citas secretas tomando primero un taxi hasta Meydon-e-Nobonyad donde la recogía un coche que la llevaba a la casa del cristiano. Por último, todo lo que la autora llegó a saber de los familiares de su amigo cristiano era que una hermana y un hermano vivían en Gran Bretaña y que un hijo de un matrimonio anterior vivía en el Canadá. Nunca los conoció y, por consiguiente, nunca preguntó sus nombres.

5.4. La abogada subraya que las autoridades de Suecia no consideran verosímiles las explicaciones de la autora porque se asume que todo el mundo actúa y piensa de acuerdo a los criterios suecos u occidentales. Las autoridades no tienen en cuenta la prudencia con que en el Irán se revelan datos personales, particularmente a funcionarios públicos.

5.5. Con referencia a las fotografías de víctimas de tortura que la autora afirma haber entregado a su amante, la abogada señala que ese hecho no disminuye en modo alguno la credibilidad de la autora. La pareja mantenía una relación seria y tenía la intención de casarse, por lo que no había razón alguna para que la autora no las entregara a un hombre en quien tenía total confianza. Además, la abogada destaca que la autora no ha sostenido nunca que el haber entregado las fotografías en cuestión apoye su petición de asilo o tenga algo que ver con ésta.

5.6. La abogada señala que el Estado Parte observa que la autora no ha producido ningún certificado médico que corrobore las lesiones causadas por la paliza que le propinó su marido según la modalidad *sighe*. Recuerda al Comité que la autora partió del Irán al día siguiente y que su preocupación principal era llegar sana y salva a Suecia. La abogada declara además que la mayoría de las mujeres iraníes están acostumbradas a la violencia de los hombres y no esperan o no pueden esperar la protección del ordenamiento jurídico, a pesar de los cambios positivos que han tenido lugar recientemente en el Irán a este respecto. Cita como ejemplo que si una mujer iraní

desea denunciar que ha sido violada, los tribunales no aceptan los certificados de médicos generales y la mujer debe ser examinada por el médico forense.

5.7. Con referencia a la cuestión de que en la solicitud de asilo de la autora figura el número de su pasaporte, pese a que afirmó que se había deshecho del pasaporte al llegar a Suecia, la abogada dice que en la solicitud de asilo no consta que el pasaporte de la autora haya sido confiscado por el funcionario de la Junta de Inmigración, como es la regla, a fin de garantizar la ejecución de una posible orden de expulsión, lo cual parece apoyar la versión de los hechos dada por la autora. Además, la autora ha mantenido que al presentar su solicitud sólo tuvo que dar su nombre, ya que los demás datos necesarios aparecían en la pantalla de una computadora. Esta información ha sido corroborada por el funcionario de la Junta de Inmigración que recibió su solicitud de asilo e indicó a la abogada que en los últimos años queda inscrita en una base de datos computarizada que contiene toda la información disponible, hasta el número del pasaporte,[de] la persona a quien se concede el visado de turista. En los últimos años, la autora había obtenido dos veces un visado de turista para viajar a Suecia, de manera que su versión era exacta.

5.8. La abogada observa que el Estado Parte ha confirmado que el marido de la autora según la modalidad *sighe* era jefe de *Bonyad-e Shahid*, lo que debería venir en apoyo a la petición de la autora; en general lo llamaban "ayatolá", pese a que debía llamársele *hojatolleslam*. La abogada recuerda al Comité que en el Irán sólo hay una decena de legítimos ayatolás. La gran mayoría de los mullah son *hojatolleslam*. Sin embargo, se suele llamar ayatolás por cortesía a los mullah que han adquirido poder, particularmente poder político, como es el caso del ayatolá Khamenei, cuyo cargo exigía la categoría de ayatolá, pero que en realidad sólo era *hojatolleslam* cuando fue nombrado.

5.9. Con referencia al argumento del Estado Parte de que la autora salió del Irán sin dificultades, la abogada señala que concuerda con la versión de la autora de lo ocurrido antes de su huida. La autora ha mantenido que cuando partió del Irán aún no presentaba inte-

rés para las autoridades iraníes porque su marido según la modalidad *sighe* había ocultado el informe de los *pasdaran* al Tribunal Revolucionario.

5.10. Por último, la abogada dice que lo que los familiares del difunto marido de la autora han declarado sobre las circunstancias de la muerte de aquél no tiene consecuencias para el caso de la autora o para la credibilidad de ésta. Cabe señalar que la propia autora nunca ha declarado que su marido hubiese sido asesinado por el régimen, sino que tenía dudas acerca de las circunstancias de su muerte.

5.11. En apoyo de los argumentos de la abogada, la autora presenta un certificado médico de fecha 22 de noviembre de 1999 del jefe de psiquiatría del Hospital Sahlgrenska, adonde fue llevada cuando intentó suicidarse. Esa tentativa tuvo lugar después que la policía la trasladó junto con su hijo de un centro de acogida para solicitantes de asilo a un centro de detención para cerciorarse de su expulsión. El diagnóstico fue una profunda depresión combinada con ideas de suicidio.

5.12. La abogada adjunta una carta de 27 de diciembre de 1999 del principal experto de Suecia en el islam, Jan Hjärpe, que confirma la versión de la autora de la institución de los matrimonios según la modalidad *sighe o mutah* y las sanciones que dispone la ley en caso de adulterio.

5.13. La abogada señala a la atención del Comité que las autoridades de inmigración, al examinar el caso de la autora, no han considerado la situación de la mujer en el Irán, la legislación vigente y su aplicación ni los valores de la sociedad iraní. Declara que la argumentación de las autoridades, que se basa casi exclusivamente en que la autora no ha presentado una información comprobable, parece ser un pretexto para rechazar su solicitud. En conclusión, la abogada señala que, según la información proporcionada por la autora, hay razones fundadas para creer que sería sometida a tortura si regresara al Irán y que la autora ha dado explicaciones razonables de por qué no ha podido o no ha deseado proporcionar ciertos detalles.

Comentarios adicionales presentados por el Estado Parte

6.1. En su exposición al Comité de 2 de mayo de 2000, el Estado Parte sostiene que la Junta Nacional de Inmigración y la Junta de Apelación de Extranjería de Suecia han procedido a una investigación exhaustiva del caso de la autora. Recuerda al Comité que durante el procedimiento de asilo se ha señalado reiteradamente a la autora la importancia de presentar información comprobable, pero que ésta ha optado por no hacerlo. El Estado Parte no encuentra convincentes las explicaciones proporcionadas hasta el presente, reitera que la responsabilidad de la prueba en principio incumbe a la autora y mantiene que la credibilidad de ésta puede ponerse en duda.

6.2. Por último, el Estado Parte señala a la atención del Comité que la autora alegó por primera vez que había sido condenada a muerte por adulterio en la entrevista inicial de mayo de 1998. El Estado Parte indica que, en consecuencia, la autora ha tenido tiempo más que suficiente para presentar el acta de la sentencia u otros elementos de prueba en apoyo de esa afirmación.

Información adicional del Estado Parte y de la abogada, solicitada por el Comité

7.1. Habiendo tomado nota de las exposiciones hechas por la autora y el Estado Parte acerca del fondo de la cuestión, los días 19 y 20 de junio de 2000 el Comité pidió más información de ambas partes.

Exposiciones de la abogada

7.2. En su exposición del 1° de septiembre de 2000, la abogada confirma la información dada anteriormente en relación con: a) la naturaleza de los matrimonios *sighe* o *mutah* y el hecho de que no sean necesarios testigos ni la inscripción ante un juez si los contrayentes son capaces de realizar la ceremonia correctamente; b) las

actividades de *Bonyad-e Shahid*, afirmando que las viudas de los mártires aparecen en listas y álbumes de fotografías, para que contraigan matrimonios de carácter temporal con sus empleados y directores. La abogada apoya la información dada en cartas de la Asociación de Presos Políticos Iraníes en el Exilio (AIPP), el Comité de Apoyo a la Mujer en el Irán y Said Mahmoodi, profesor de derecho internacional en la Universidad de Estocolmo, entre otros.

7.3. Por lo que respecta a la supuesta sentencia de muerte dictada contra la autora, la abogada señala que, pese a los intentos de la AIPP, no ha sido posible hallar ninguna prueba de que su amante cristiano fue encarcelado y de que ambos fueron condenados a morir lapidados por adulterio. La AIPP y otras fuentes sostienen que no es posible obtener esa información sino se conoce ni la prisión, ni el tribunal, ni el número del expediente.

7.4. La abogada produce cartas e información de expertos en derecho islámico, que confirman que también una esposa *sighe* está sujeta a las normas relativas al adulterio y que le está prohibido tener relaciones sexuales con un hombre que no sea su esposo *sighe.* El adulterio con un hombre cristiano está castigado con la muerte por lapidación. La abogada señala, además, que teóricamente para que se ordene la lapidación es necesario tener cuatro testigos honrados o una confesión de ayuntamiento carnal, pero que como el esposo *sighe* de la autora es un hombre poderoso dentro de la sociedad no tendría dificultades para hallar personas dispuestas a declarar. Según las organizaciones internacionales de derechos humanos, la condición de que haya testigos oculares pocas veces se cumple y la lapidación por adulterio sigue practicándose frecuentemente en el Irán, pese a las recientes reformas.

7.5. Además, se hacen referencias y más aclaraciones en relación con las llamadas telefónicas recibidas por la cuñada de la autora (véase el párrafo 2.8). El antiguo letrado de la autora había declarado a las autoridades suecas que el Hojatolleslam Rahimian se había puesto en contacto con la cuñada que vive en Suecia y le había dicho que la autora había sido declarada culpable. Desde entonces, la abogada ha estado en contacto directo con la cuñada y dice que la

versión correcta de los hechos es que, poco después de la llegada de la autora a Suecia, se puso en contacto con la cuñada un hombre enfurecido que no dio su nombre pero quería saber el paradero de la autora en Suecia. El hombre actuó con agresividad y conocía todos los detalles de la vida anterior de la autora, y dijo que ella no tenía derecho a salir del Irán. La cuñada afirma, además, que nunca intentó comprobar la existencia del fallo de un tribunal cuando estuvo de visita en el Irán.

7.6. En cuanto a la petición del Comité de información adicional, la abogada dice que, estando en Dinamarca, el hijo mayor de la autora, nacido en 1980, trató de buscar asilo en Suecia en marzo de 2000. En cumplimiento de lo dispuesto en la Convención de Dublín, tras una breve entrevista fue devuelto a Dinamarca, donde todavía espera ser interrogado por las autoridades de inmigración danesas. Como su caso todavía tiene que ser examinado por las autoridades danesas, la abogada pidió a Amnistía Internacional que se entrevistara con él.

7.7. Las actas de la entrevista confirman las declaraciones hechas por la autora en relación con su matrimonio *sighe* y que varias veces por semana era llamada a la oficina de *Bonyad-e Shahid*. El hijo afirma también que cuando su madre se marchó le dijo que él tenía que abandonar la escuela y esconderse con los parientes próximos de ella en Baghistán. Recibió enseñanzas particulares para hacerse cirujano veterinario y posteriormente se matriculó en la universidad. El 25 de enero de 2000, fue llamado a la oficina de información de la universidad por el servicio secreto, *Harasar*, desde donde dos hombres lo llevaron a la oficina de *Bonyad-e Shahid* en Teherán donde fue detenido, interrogado, amenazado y apaleado. Afirma que los interrogadores deseaban saber el paradero de su madre y que lo amenazaron con retenerlo y golpearlo hasta que su madre viniera "arrastrándose a cuatro patas" y entonces ejecutarían "su sentencia". El hijo de la autora dice que durante el interrogatorio se dio perfecta cuenta de cuál era la situación de su madre, aunque él no había hablado con ella desde que salió del país.

7.8. En conclusión, la abogada sostiene que aun cuando no ha sido posible obtener pruebas directas por escrito, por las razones aducidas, la sucesión de pruebas circunstanciales es tal que no puede haber razón alguna para dudar de la credibilidad de la autora. Se hace también referencia a un fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 11 de julio de 2000, respecto de una solicitante de asilo iraní que al parecer había cometido adulterio y temía que si regresaba a su país moriría por lapidación, flagelación o azotaína. Como en el caso de la autora, no existía ninguna prueba escrita como la sentencia de un tribunal, pero el Tribunal declaró que "no está convencido de que la situación en el país de origen de la solicitante haya evolucionado hasta el punto de que el comportamiento adúltero ya no se considere una afrenta reprensible con arreglo a la ley islámica. Ha tenido conocimiento de oficio de recientes estudios sobre la situación que reina en el Irán y observa que el castigo de lapidación por adulterio sigue figurando en los códigos y que las autoridades pueden recurrir a él.[1] El Tribunal decidió que expulsar a la solicitante constituiría una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Exposiciones del Estado Parte

7.9. El Estado Parte hizo nuevas exposiciones el 19 de septiembre y el 19 de octubre de 2000. En relación con la petición del Comité de información adicional, el Estado Parte reitera su opinión de que incumbe a la autora establecer la existencia de fundamentos suficientes. Mantiene que la autora no ha aportado ninguna prueba en apoyo de su pretensión y que, por consiguiente, hay razones importantes para dudar de la veracidad de esa pretensión.

---

[1] Jabari c. Turquía (párr. 40), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de julio de 2000.

7.10. En cuanto al presunto matrimonio *sighe* de la autora, el Estado Parte confirma que en el Irán la ley permite esas formas de matrimonio temporal. Afirma, además, que aun cuando los matrimonios *sighe* no constan en los documentos de identificación, esos contratos deberían, según fuentes fidedignas, contener una declaración precisa del período de duración y ser consignados por una autoridad competente. En la práctica, una autoridad religiosa puede sancionar el matrimonio y expedir el certificado. Habida cuenta de que la autora afirma que su matrimonio *sighe* o *mutah* fue oficiado por el propio Hojatolleslam Rahimian y que no se firmó ningún contrato, el Estado Parte duda que el matrimonio de la autora haya sido legítimo.

7.11. El Estado Parte señala que, en sus últimas exposiciones al Comité, la abogada ha incluido certificados y otra información que no habían sido presentados a las autoridades de inmigración suecas. Como al parecer la nueva información se invoca para probar la existencia de matrimonios *sighe* en el Irán, el Estado Parte hace hincapié en que no los pone en duda, como tampoco la existencia de *Bonyad-e Shahid*, sino, entre otras cosas, la credibilidad de la autora por lo que respecta a su pretensión de haber contraído tal matrimonio. Su credibilidad se ve además mermada por la información contradictoria dada en relación con las llamadas telefónicas recibidas por su cuñada.

7.12. Por otro lado, incluso si el Comité acepta que la autora ha contraído ese matrimonio, el Estado Parte sostiene que en sí mismo ello no constituiría una razón fundada para creer que estaría en peligro de ser torturada o muerta si es devuelta al Irán.

7.13. Se aduce además que, según la Embajada sueca en Teherán, la legislación no puede investigar si un tribunal de la familia competente, y no el Tribunal Revolucionario, ha dictado un fallo en relación con la autora. Pero, afirma la Embajada, la autora podría, por persona interpuesta, obtener una copia del fallo, en caso de que exista, o por lo menos el nombre del tribunal y el número del expediente. El Estado Parte indica además que sólo una persona casada puede ser declarada culpable de adulterio, por lo que parece improbable

que el amante de la autora haya sido condenado a muerte, como ella afirma.

7.14. Asimismo, el Estado Parte afirma que ni los informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos ni los de Amnistía Internacional confirman la afirmación de la abogada de que la lapidación es práctica frecuente en el Irán.

7.15. Por lo que respecta al fallo del Tribunal Europeo citado por la abogada, el Estado Parte dice que en ese caso el ACNUR había concedido el estatuto de refugiado a la demandante y el Tribunal Europeo se apoyó en las conclusiones del ACNUR por lo que respecta a la credibilidad de la solicitante y la veracidad de su relato. En el presente caso, dos autoridades nacionales competentes han investigado el caso de la autora y no lo han encontrado digno de crédito.

7.16. Por último, por lo que respecta a la información dada por el hijo de la autora, que actualmente reside en Dinamarca donde está solicitando asilo, el Estado Parte subraya que esta información es nueva y no se ha producido ante las autoridades nacionales. Según el Estado Parte, la información presentada en una etapa muy tardía del procedimiento debería ser tratada con la mayor cautela. Pone de relieve, además, una serie de cuestiones contradictorias en las pruebas recientemente aportadas: a) durante el interrogatorio al que fue sometido el hijo por la Junta de Inmigración sueca no se hizo mención alguna de sentencia judicial o sentencia de muerte, información que a juicio del Estado Parte habría tenido importancia en esas circunstancias; b) el hijo dio respuestas contradictorias cuando se le preguntó si tenía un pasaporte. El Estado Parte considera también improbable que la autora no supiera y nunca hubiera invocado que su hijo supuestamente fue hostilizado después que ella salió del Irán.

Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento

8.1. Antes de examinar una denuncia contenida en una comunicación, el Comité contra la Tortura debe determinar si la comunicación es admisible con arreglo al artículo 22 de la Convención. El

Comité se ha cerciorado, conforme a lo señalado en el apartado a) del párrafo 5 del artículo 22 de la Convención, de que la misma cuestión no ha sido ni está siendo examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional. El Comité opina además que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Considera que no hay otros obstáculos que se opongan a la admisibilidad de la comunicación. Dado que el Estado Parte y la autora han formulado observaciones sobre el fondo de la comunicación, el Comité procede de inmediato al examen del fondo de la cuestión.

8.2. El Comité debe pronunciarse sobre si la devolución forzada de la autora a la República Islámica del Irán violaría la obligación de Suecia en virtud del artículo 3 de la Convención de no proceder a la expulsión o devolución de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

8.3. El Comité debe determinar, según se prevé en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención, si hay razones fundadas para creer que la autora estaría en peligro de ser sometida a tortura si se la devuelve al Irán. Para hacerlo, el Comité debe tener en cuenta todas las consideraciones del caso, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención, inclusive la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. Ahora bien, la finalidad del procedimiento es determinar si la interesada estaría personalmente en peligro de ser sometida a tortura en el país al que sería devuelta. Por consiguiente, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye de por sí una razón suficiente para determinar si una persona estará en peligro de ser sometida a tortura si es devuelta a ese país; habrán de existir otras razones que indiquen que el interesado estaría personalmente en peligro. Del mismo modo, la ausencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos no significa que una persona no esté en peligro de ser sometida a tortura en la situación particular en que se encuentra.

8.4. Sobre la base de la información presentada por la autora, el Comité observa que es la viuda de un mártir y, como tal, es apoyada y cuidada por *Bonyad-e Shahid,* el Comité de Mártires. También se observa que la autora afirma que fue obligada a contraer un matrimonio *sighe* o *mutah* y que cometió adulterio, por lo que se la condenó a morir lapidada. Considerando con muchísima cautela el testimonio reciente del hijo de la autora, que solicita asilo en Dinamarca, el Comité opina que la información proporcionada vuelve a corroborar la versión de la autora.

8.5. El Comité señala que el Estado Parte pone en duda la credibilidad de la autora básicamente porque no ha suministrado información comprobable y, en este contexto, remite a las normas internacionales, es decir, al Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado del ACNUR, según el cual el solicitante de asilo debe esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos de falta de pruebas.

8.6. El Comité señala a la atención de las partes su Observación General sobre la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, aprobada el 21 de noviembre de 1997, según la cual incumbe al autor de una comunicación establecer la existencia de fundamentos suficientes. Aunque ha tomado nota de la posición del Estado Parte de que la autora no ha cumplido su obligación de presentar información comprobable que le permitiría obtener el beneficio de la duda, el Comité opina que la autora ha presentado bastantes detalles sobre su matrimonio *sighe* o *mutah* y su pretendida detención, como el nombre de varias personas, su cargo, fechas, direcciones, nombre de la comisaría de policía y así sucesivamente, que podrían ser verificados por las autoridades de inmigración de Suecia, y que en cierta medida han sido verificados, con lo cual se eximiría a la autora de la responsabilidad de la prueba. En este contexto, el Comité opina que el Estado Parte no se ha esforzado debidamente por determinar si existen razones fundadas para creer que la autora estaría en peligro de ser sometida a tortura.

8.7. El Estado Parte no cuestiona que en el Irán se han cometido violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. El Comité toma nota de los informes, entre otros, del Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado de examinar la situación de los derechos humanos en el Irán (E/CN.4/2000/35), de 18 de enero de 2000, que indica que si bien se están haciendo grandes progresos en lo que respecta a la situación de la mujer en sectores como la educación y la formación, "se avanza poco respecto a las barreras sistémicas que subsisten a la igualdad" y a "la eliminación de actitudes patriarcales en la sociedad". También se toma nota de que este informe y muchos otros de organizaciones no gubernamentales confirman que en los últimos tiempos se ha condenado a muchas mujeres a morir lapidadas por adulterio.

9. Considerando que la versión de la autora coincide con los conocimientos que tiene el Comité de la situación en materia de derechos humanos en el Irán, y que la autora ha dado explicaciones plausibles de los motivos por los cuales no ha proporcionado o no ha podido proporcionar determinados detalles que podrían haber sido pertinentes en su caso, el Comité opina que, en las circunstancias del caso, el Estado Parte, de conformidad con el artículo 3 de la Convención, tiene la obligación de abstenerse de devolver por la fuerza a la autora al Irán o a cualquier otro país en el cual corra el riesgo de ser expulsada o devuelta al Irán.

10. Con arreglo al párrafo 5 del artículo 111 de su reglamento, el Comité desea recibir información en un plazo de 90 días sobre toda medida relevante que adopte el Estado Parte de conformidad con el presente dictamen del Comité.

Derecho a la libertad personal*

Comisión de Derechos Humanos
Informe presentado por el Señor Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias[1]
8 de enero de 2002

Resumen

En el párrafo 11 de su resolución 2001/46, la Comisión pidió al experto independiente que examinase "el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias" y que determinase las posibles lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias. Como indicadores de la "plena protección", el experto tomó en consideración las normas pertinentes de protección elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y otros órganos especializados de la Comisión, por la jurisprudencia de los órganos internacionales y regionales competentes de supervisión del cumplimiento de tratados y los tribunales de derechos humanos, por la Convención contra la Tortura, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

1 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002.

Personas, el proyecto de convención para las desapariciones y la literatura jurídica pertinente.

De este estudio se desprende que la desaparición forzada representa una de las más graves violaciones de los derechos humanos y que si forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra los civiles constituye un crimen de lesa humanidad. Como muestran los informes anuales del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias a la Comisión, hoy en día las desapariciones forzadas pueden considerarse un fenómeno universal que sigue siendo una práctica sistemática en un número considerable de países. El crimen de la desaparición forzada no sólo va dirigido contra los desaparecidos sino igualmente contra sus familiares, sus amigos y la sociedad en que viven. A los desaparecidos suelen matarlos de inmediato, pero sus hijos, padres o cónyuges siguen viviendo muchos años en una situación de inseguridad, angustia y estrés extremos, desgarrados entre la esperanza y la desesperación. Por lo tanto, deben también ser considerados víctimas de la desaparición forzada.

Reaccionando ante la extrema gravedad de esta violación de los derechos humanos, la comunidad internacional ha adoptado diversas medidas en los planos universal y regional y se han desarrollado algunas normas en el marco de la normativa internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Al mismo tiempo hay que reconocer que la protección contra la desaparición forzada es un concepto de lenta evolución que presenta muchas lagunas y suscita controversias e incertidumbres.

Hasta ahora no se ha reconocido ningún derecho humano concreto de la persona a no ser sometida a desaparición forzada, aunque este tipo de violación de los derechos humanos se viene produciendo sistemáticamente durante casi 30 años. En general se la considera una violación de múltiples derechos, pero no se está de acuerdo en cuáles, aparte del derecho a la libertad personal, resultan de hecho vulnerados por un acto de desaparición forzada. Las diversas

tentativas de definir la desaparición forzada en la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional han dado distintos resultados. Aunque parece haber acuerdo general en que las desapariciones forzadas deben ser combatidas mediante medidas de derecho penal interno (incluido el principio de la jurisdicción universal) y una amplia gama de medidas preventivas, no existen obligaciones universales jurídicamente vinculantes a este respecto. Como la protección del derecho penal internacional sólo se aplicará en casos excepcionales, la jurisdicción universal en casos particulares claramente definidos de desaparición forzada, con la debida sanción, constituirá la medida más eficaz para desalentar la práctica de la desaparición forzada en el futuro. Por último, hay muchas lagunas en lo que respecta a medidas concretas de prevención (como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención y de todos los detenidos) y al derecho de los desaparecidos y sus familiares a un recurso efectivo y a reparación.

Por lo tanto, las insuficiencias del actual marco jurídico internacional esbozadas en el presente informe apuntan claramente a la necesidad de contar con un "instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", según se señala en el párrafo 12 de la resolución 2001/46 de la Comisión. Dicho instrumento podría revestir la forma de un tratado especial de derechos humanos, el proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, un protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura o un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el supuesto de que los gobiernos deseen impedir que sigan proliferando los órganos de supervisión de tratados, el Comité de Derechos Humanos podría ser el órgano más indicado para asumir la tarea adicional de vigilar el cumplimiento de la obligación de los Estados de proteger a las personas contra la desaparición forzada.

I. Mandato y Métodos de Trabajo

1. En su resolución 2001/46, de 23 de abril de 2001, la Comisión de Derechos Humanos pidió a su Presidente que, tras consultar con la Mesa y los grupos regionales, designase a un experto independiente para que examinase el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos pertinentes en los planos internacional y regional, los arreglos intergubernamentales en materia de cooperación judicial, el proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas transmitido por la Subcomisión en su resolución 1998/25, y también las observaciones de Estados y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, con miras a determinar las posibles lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias, y que informase a la Comisión en su 58º período de sesiones y al Grupo de Trabajo establecido en virtud del párrafo 12 en su primer período de sesiones. El 22 de junio de 2001 el Presidente de la Comisión designó al Sr. Manfred Nowak experto independiente con ese mandato.

2. El experto considera que el mandato tiene un carácter exclusivamente jurídico. Consta de las siguientes etapas:

- Analizar el actual marco jurídico internacional en relación con las desapariciones;
- Determinar las posibles lagunas de este marco jurídico, e
- Informar a la Comisión y a su futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones.

3. Para presentar una descripción completa del marco jurídico actual, el experto decidió incluir, además de los elementos enumerados en la resolución de la Comisión, un breve análisis del derecho internacional humanitario. También tuvo en cuenta la jurisprudencia pertinente de los tribunales regionales e internacionales de dere-

chos humanos y de los órganos de supervisión de tratados, así como la literatura jurídica relativa a las desapariciones. Como la Comisión le pidió expresamente que tomara también en consideración el proyecto de convención sobre las desapariciones así como los comentarios de los Estados y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, el experto decidió incluir también en su informe algunas observaciones preliminares sobre el proyecto de convención; sin embargo, se abstendrá de analizar el proyecto y comentarlo en detalle ya que a su juicio ello interferiría con la labor del futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones. Con una breve descripción del fenómeno de las desapariciones forzadas se introduce el tema y se presentan algunos antecedentes empíricos que permitan comprender mejor la necesidad de una respuesta jurídica apropiada de la comunidad internacional.

4. La tarea principal del experto consiste en determinar las "lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias". Para poder detectar estas lagunas el experto debe comparar el marco jurídico actual con un posible marco futuro que permitiría garantizar la protección plena. Interpreta el término "protección plena" como el mejor sistema posible de protección y se vale de ejemplos ya existentes tales como el de protección contra la tortura a niveles universal y regional. A este respecto, también tiene en cuenta el proyecto de convención sobre la protección contra las desapariciones.

5. El análisis jurídico se atiene a los métodos establecidos de interpretación e investigación jurídica. Como el mandato no parece incluir ningún aspecto operacional, el experto no ha realizado ninguna misión o investigación empírica sobre los derechos humanos.

[...]

VII. Definición de la desaparición forzada

70. Tanto la jurisprudencia como los diversos instrumentos jurídicos mencionados en el presente informe muestran que la desapa-

rición forzada es una violación muy compleja y acumulativa de derechos humanos y del derecho humanitario que entraña violaciones del derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica,[2] y el derecho a no ser sometido a trato inhumano y degradante[3] y, como mínimo, una grave amenaza al derecho a la vida.[4] Además, la persona desaparecida, al ser privada intencionalmente del amparo de la ley, es privada también de otros derechos humanos, como el derecho a un recurso efectivo ante una autoridad nacional y a la protección de la vida familiar. Según la definición del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, adoptada en general en la Declaración de las Naciones Unidas y en la Convención Interamericana, todo acto de desaparición forzada contiene al menos los tres elementos siguientes:

a) Privación de libertad contra la voluntad de la persona interesada;
b) Intervención de agentes gubernamentales, al menos indirectamente por asentimiento;
c) Negativa a reconocer la detención y a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.[5]

---

2 Esta violación se deriva del hecho de que con los actos de desaparición forzada se trata de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley.

3 Esta violación se deriva del hecho de que toda detención con incomunicación durante un período prolongado, con independencia de posibles torturas o malos tratos durante la detención, constituye un trato inhumano o degradante, tanto de la persona desaparecida como de sus familiares.

4 La experiencia, por ejemplo en el Grupo de Trabajo, muestra que la inmensa mayoría de los casos comunicados de desaparición forzada han conducido en realidad a la muerte de la víctima, a veces inmediatamente, y a veces sólo después de meses o años de incomunicación y tortura.

5 Véase el Comentario General del Grupo de Trabajo sobre el artículo 4 de la Declaración (E/CN.4/1996, párrs. 54 a 58).

71. La práctica de desaparición forzada se considera crimen de lesa humanidad si:

a) Forma parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil;
b) El autor tenía conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil;
c) El autor era consciente de que la privación de libertad iría seguida de una negativa a reconocer esa privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de la persona interesada;
d) El autor tenía la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

El crimen de lesa humanidad de desaparición forzada pueden cometerlo también personas que actúan en el contexto de una organización política, es decir, agentes no estatales que no actúan aisladamente.

VIII. Determinación de las lagunas en el actual marco jurídico

A. Lagunas y "plena protección"

72. En el párrafo 11 de su resolución 2001/46 la Comisión pidió al experto independiente que determinara las lagunas en el actual marco jurídico "a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias". Como indicadores de la "plena protección", el experto tiene en cuenta las normas de protección pertinentes elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI) y otros órganos de expertos de la Comisión, la jurisprudencia de los pertinentes órganos de supervisión y tribunales de derechos humanos creados en virtud

de tratados internacionales y regionales, la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, la Declaración sobre las desapariciones de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre las desapariciones y los documentos jurídicos pertinentes.

B. Definición

73. Como ya se señaló, el derecho internacional en vigor ofrece distintas definiciones de las desapariciones forzadas. Si bien el derecho penal internacional, según lo estipulado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sostiene que también agentes no estatales –siempre que actúen en el contexto de una organización política– pueden incurrir en el delito de desaparición forzada, la normativa internacional de los derechos humanos se mantiene hasta ahora en la idea tradicional de que sólo los agentes directos e indirectos de los Estados son capaces de cometer esa violación de los derechos humanos. Esta opinión queda reflejada en la práctica del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias,[6] así como en las definiciones de desaparición forzada que figuran en la Declaración de las Naciones Unidas, en la Convención Interamericana e incluso en el artículo 1 del proyecto de convención. Ello también está en consonancia con la definición tradicional de la tortura que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura. Dado que uno de los objetivos principales de esa Convención, así como de cualquier instrumento internacional específico destinado a combatir las desapariciones forzadas, consiste en obligar a los Estados a utilizar la legislación penal interna contra los autores de esas prácticas, resulta dudoso que se pueda mantener esa definición restrictiva.

---

[6] Véase el párrafo 6 de los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo, nota 31 supra. [Las indicaciones supra e infra corresponden al texto original; ver documento completo.]

La experiencia de muchos Estados, como Colombia, muestra que las desapariciones forzadas son cometidas por funcionarios del Gobierno, agentes indirectos del Estado tales como miembros de los escuadrones de la muerte o las denominadas fuerzas de autodefensa, movimientos guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno, así como por miembros de bandas del crimen organizado, con frecuencia por lo que respecta a los delitos relacionados con los estupefacientes. Dado que la ocultación de todos los hechos relacionados con este delito forma parte de la definición, suele ser sumamente difícil saber si los perpetradores actuaron con o sin "la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado". Este problema también fue reconocido por los redactores de la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas al referirse, en el párrafo 2 del artículo 1, a instrumentos que contengan "disposiciones de mayor alcance".[7] Por consiguiente, con el fin de asegurar la "plena protección" contra la desaparición forzada, un futuro instrumento vinculante deberá, al menos por lo que respecta al derecho penal interno, aplicarse igualmente al Estado y a los agentes organizados no estatales.

74. Por otra parte, el derecho penal internacional parece definir las desapariciones forzadas de manera sumamente restrictiva que sólo puede aplicarse en circunstancias verdaderamente excepcionales. Además del requisito general de los crímenes de lesa humanidad por el cual éstos sólo abarcan los actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, los autores sólo pueden ser condenados si el fiscal establece que tenían "la intención de dejar a las víctimas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".[8] Se trata de un elemento subjetivo en la definición, que será difícil demostrar en la práctica. Los autores sólo tienen por lo general la intención de secuestrar a la víctima sin dejar rastro alguno, a fin de llevarla a un lugar secreto con el propó-

---

[7] Véase E/CN.4/Sub.2/1996/16, párr. 46, y E/CN.4/Sub.2/1998/19, párr. 22; véase también Andreu-Guzmán, nota 37 supra, pp. 82 y ss.

[8] Estatuto de la Corte Penal Internacional, párrafo 2 del artículo 7 I); véase también la nota 144 supra.

sito de interrogarla, intimidarla, torturarla o sencillamente asesinarla secretamente. Con frecuencia son muchos los que participan en el secuestro, y no todos saben cuál será la suerte final de la víctima. En cualquier caso, para que el derecho penal aporte un instrumento de disuasión efectivo, la definición de desaparición forzosa en el derecho penal interno ha de ser, como requiere un futuro instrumento internacional, más amplia que la que figura en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

C. Concepto de víctimas y derechos humanos violados

1. La persona desaparecida

75. El acto de desaparición forzada constituye una violación de múltiples derechos humanos. El párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas estipula a este respecto que todo acto de desaparición forzosa "constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad personales y el derecho a no ser sometido a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro. Sin embargo, si se analiza la jurisprudencia, esta definición de la desaparición forzada como violación acumulativa de los derechos humanos es bastante controvertida y depende en gran medida de los hechos concretos, que, por supuesto, son difíciles de establecer. La única violación de los derechos humanos que se ha establecido en cada caso de desaparición forzada es la violación del derecho a la libertad personal. El derecho a la seguridad personal es ya controvertido, pues únicamente el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas parece conferirle un significado independiente del derecho a la libertad de la persona.[9] El derecho

---

[9] Véase Nowak, nota 33 supra, pp. 161 y ss.

al reconocimiento de la personalidad jurídica, garantizado en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no, sin embargo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un concepto bastante vago,[10] y en ninguna de las sentencias dictadas por desapariciones forzadas se ha demostrado la violación de este derecho.[11] Una violación del derecho a la vida suele establecerse únicamente si existen fuertes indicios de que la víctima ha muerto efectivamente. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluso decretó inicialmente que, tras haber determinado la existencia de una violación del derecho a la libertad de la persona, ya no era necesario decidir sobre la presunta violación del derecho a la vida.[12] En lo que respecta al derecho a no ser sometido a trato inhumano, parecen ser más fuertes las discrepancias entre los distintos órganos de supervisión y tribunales creados en virtud de tratados. Aun cuando el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que todo régimen de incomunicación prolongada, cualquiera que sea el trato efectivo dado a la víctima, constituye un trato inhumano,[13] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo llegó a una conclusión de esa clase en los casos en que existían

---

[10] Ibíd., pp. 282 y ss.

[11] En la reciente sentencia sobre el caso Bámaca Velásquez c. Guatemala, nota 52 supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó por primera vez este derecho en un caso de desaparición y llegó a la conclusión de que el desconocimiento de la personalidad jurídica, en el sentido del artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "equivaldría a la negación absoluta de la posibilidad de que una persona sea titular de derechos y obligaciones" (párr. 179), lo que no sucede en un caso de desaparición forzada. Por consiguiente, la Corte sostuvo que no se había violado ese derecho.

[12] Kurt c. Turquía, nota 58 supra.

[13] Véanse todos los casos examinados en el párrafo 1 de la sección A del capítulo IV; véase también Nowak, nota 33 supra, p. 187. En Mojica c. la República Dominicana, nota 39 supra, el Comité llegó a la conclusión general de que "las desapariciones de personas van inseparablemente unidas a tratos que representan una violación del artículo 7 del Pacto".

pruebas de tortura o de malos tratos.[14] Análogamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos en el caso Caballero-Delgado y Santana c. Colombia, negó que se hubiese violado el derecho al trato humano por estimar que no se disponía de pruebas suficientes de que los detenidos fueran torturados o sometidos a trato inhumano.[15] Por otra parte, la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina, tras vacilaciones iniciales,[16] decidió atenerse a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos al declarar que cada caso de desaparición forzada constituye una violación del artículo 3 del Convenio Europeo.[17]

76. Esta jurisprudencia contradictoria pone claramente de manifiesto la existencia de una laguna en la protección contra la desaparición forzada. El criterio mínimo, que aplicaba, al menos inicialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que, en ausencia de nuevas pruebas, entiende las desapariciones forzadas únicamente como una forma agravada de detención arbitraria, no se corresponde con el carácter extremadamente grave de esta violación de los derechos humanos. Por consiguiente, parece necesario establecer un nuevo derecho humano independiente e intangible de no ser sometido a desaparición forzada o especificar con carácter jurídicamente vinculante que cada acto de desaparición forzada constituye, además de una privación arbitraria de la libertad de la persona,

---

14 Véanse los casos examinados en el párrafo 3 de la sección A del capítulo IV. En Tas c. Turquía, nota 60 supra, el tribunal reconoció por primera vez esa incongruencia al manifestar que no consideraba apropiado "formular conclusión alguna en relación con esa disposición en cuanto a las repercusiones que el régimen de incomunicación podría haber tenido en Muhsin Tas".

15 Caballero-Delgado y Santana c. Colombia, nota 48 supra.

16 Véase la causa Matanovic c. RS, caso N° CH/96/1, decisión en cuanto al fondo de 6 de agosto de 1997, y el voto particular concurrente de Manfred Nowak. Véase también Manfred Nowak, "The Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina adopts its first judgments", *Human Rights Law Journal*, vol. 18 (1997), p. 174 (p. 177).

17 Palic c. RS, nota 66 supra.

un acto de trato inhumano en violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Familiares

77. También parece demasiado controvertida la cuestión de si los familiares de una persona desaparecida han de considerarse víctimas con arreglo al derecho internacional contemporáneo, con derechos independientes dimanantes de esa condición. No se discute que los parientes próximos y los amigos están sometidos, por el hecho mismo de la desaparición forzada, a una situación de angustia y estrés extremos, que es lo que suelen pretender los perpetradores y que puede durar muchos años. Ello ha sido reconocido en la práctica del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, por las actividades de búsqueda del CICR, así como en el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas, en el que se afirma que todo acto de desaparición forzada causa graves sufrimientos a la víctima, lo mismo que a su familia. Si ello equivale a una violación separada de los derechos humanos es otra cuestión. Ya en 1983 el Comité de Derechos Humanos decidió, en el caso prominente de Quinteros Almeida c. el Uruguay, que "el profundo pesar y la angustia que padece la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero" le convertían en una víctima de las violaciones del Pacto sufridas también por su hija, en particular del artículo 7.[18] Sin embargo, en ulteriores decisiones el Comité no reiteró la determinación de tales violaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció por primera vez en una sentencia dictada en 1988 que "las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención

---

[18] Quinteros Almeida c. Uruguay, nota 36 supra.

de las autoridades públicas de investigar los hechos", lo que justificaba considerar a los familiares como víctimas de un trato inhumano.[19] Por otra parte, el Tribunal Europeo comenzó a pronunciarse sobre los casos de desapariciones y, desde su primer fallo en el caso Kurt, ha determinado generalmente la existencia de violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta a las familias (pero no en lo que respecta a las personas desaparecidas).[20] Sin embargo, en fallo reciente el Tribunal Europeo estimó necesario relativizar esa conclusión al manifestar que el caso Kurt no sentaba ningún principio general en el sentido de que un familiar de una persona desaparecida fuese por el hecho de serlo víctima de un trato contrario al previsto en el artículo 3.[21] Por otra parte, la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina desarrolló más el concepto de víctima al considerar que la esposa de una persona desaparecida no sólo era víctima con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3, sino también con arreglo al artículo 8 del Convenio Europeo.[22] Esta interpretación del derecho a la protección de la vida familiar parece corresponderse con el énfasis puesto en el derecho de los familiares en virtud del derecho internacional humanitario.[23]

78. Si se considera que los parientes más próximos son a su vez víctimas de las violaciones de los derechos humanos, surgen determinadas consecuencias legales que suelen definirse como "el derecho a la verdad".[24] Cuando la Comisión de Derechos Humanos

---

19 Blake c. Guatemala, nota 50 supra.

20 Véanse los fallos examinados en el párrafo 3 de la sección A del capítulo IV supra.

21 Tas c. Turquía, nota 60 supra.

22 Palic c. RS, nota 66 supra. En Unkovic c. la Federación de Bosnia y Herzegovina, nota 67 supra, el padre de una familia desaparecida fue reconocido víctima con arreglo al artículo 3 del Convenio Europeo, a pesar de que había presentado la demanda únicamente en su propio nombre.

23 Véase la sección E del capítulo V supra.

24 Véanse las alegaciones *amicus curiae* de la Comisión Internacional de Juristas, nota 53 supra, pp. 130 y ss.

reconoció que la madre de una persona desaparecida era víctima de una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también manifestó que ella tenía "derecho a saber lo que ha sucedido a su hija".[25] Sin embargo, el derecho a la verdad sigue siendo un concepto vago en derecho internacional. De manera explícita, el "derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros" sólo se reconoce en el artículo 32 en el Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra, es decir únicamente en el contexto de un conflicto armado internacional respecto de los nacionales de la otra parte.[26] En la práctica, la Agencia Central de Búsquedas del CICR también lleva a cabo actividades de búsqueda en los casos de un conflicto armado sin carácter internacional y de disturbios y conmoción interna, y hay una práctica que indica la existencia de una obligación correspondiente en virtud del derecho humanitario consuetudinario.

79. En relación con la normativa internacional de los derechos humanos, el concepto del derecho a la verdad sólo evoluciona lentamente en el contexto de la configuración del derecho a interponer recursos y obtener reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, tanto como cuestión de jurisprudencia como de fijación de normas.[27] La jurisprudencia de todos los órga-

---

[25] Quinteros Almeida c. Uruguay, nota 36 supra.

[26] Véase el párrafo 2 de la sección E del capítulo V supra.

[27] Véase el proyecto de "principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", preparado por Theo van Boven y Cherif Bassiouni en el ámbito de la Comisión y la Subcomisión: E/CN.4/Sub.2/1993/8; E/CN.4/1997/104; y E/CN.4/2000/62. Estos principios están siendo considerados todavía por la Comisión. Véase también Theo van Boven, "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales", en Gudmundur Alfredsson y Peter MacAlister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations, Kehl/Strasbourg/ Arlington* 1996, p. 339; Manfred Nowak, "The right of victims of gross human rights violations to reparation", en Fons Coomans et al. (eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable*, La Haya, 2000, p. 203.

nos de supervisión y tribunales establecidos en virtud de tratados relativa a las desapariciones forzadas que ya se ha examinado supra pone de manifiesto que los gobiernos de que se trata tienen una determinada obligación de proporcionar a las víctimas, incluidas las familias en la medida en que ello sea aplicable, un recurso efectivo que pueda incluir el deber de investigar el acto de desaparición, llevar a los autores ante los tribunales, pagar indemnización a las víctimas, poner en libertad a las personas desaparecidas (si aún siguen en vida) o localizar e identificar los restos mortales y entregarlos a los familiares más próximos, y facilitar a las familias toda la información y las averiguaciones relacionadas con la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Sin embargo, parece que esas obligaciones distan mucho de contar con la aceptación general y dimanan en parte de las disposiciones de las normas sustantivas de derechos humanos (como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura).[28] en parte de la obligación general prevista en los tratados de derechos humanos de garantizar los derechos humanos,[29] en parte del derecho a un recurso efectivo interno,[30] y en parte del ejercicio de las prerrogativas específicas de los órganos internacionales de brindar una satisfacción justa u otros recursos.[31]

---

28 Véase en particular la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, nota 60 supra.

29 Véase en particular la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 46 supra.

30 Véase en particular la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en relación con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 13 del Convenio Europeo, notas 40 y 59 supra.

31 Véase en particular la jurisprudencia de la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina en relación con el artículo XI del anexo 6 del Acuerdo de Paz de Dayton y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, notas 66 y 49 supra.

80. Dado que dista mucho de ser unánime la jurisprudencia correspondiente, que el derecho de las familias a conocer la verdad acerca de la suerte y el paradero de sus seres queridos no se enuncia explícitamente en ningún tratado internacional o regional de derechos humanos, y que los diversos intentos de especificar las consecuencias jurídicas precisas de tal derecho en el contexto del derecho a interponer recursos y obtener reparación parecen sumamente controvertidos, cabe concluir que existe una importante laguna en esta esfera. Todo ulterior instrumento vinculante sobre las desapariciones forzadas deberá definir precisamente el concepto y las consecuencias jurídicas del derecho de los familiares de las personas desaparecidas a conocer la verdad.

D. Salvaguardias contra la impunidad

81. Como lo han subrayado reiteradamente el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y la Comisión de Derechos Humanos, la impunidad es una de las causas fundamentales de las desapariciones forzadas y, al mismo tiempo, uno de los principales obstáculos al esclarecimiento de estos casos.[32] No hay duda, pues, que la "plena protección" contra la desaparición forzada deberá prever medidas apropiadas en derecho penal. Ello también fue reconocido cuando la comunidad internacional definió la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.[33] Como lo demuestra la definición de la desaparición forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sólo unos pocos casos de carácter particularmente grave, bien planificados y sistemáticos serán enjuiciados finalmente por la Corte Penal Internacional. Para lograr el efecto disuasivo deseado, los Estados tendrán que introducir en sus códigos penales nacionales el delito de la desaparición forzada y la san-

---

32 Véase la resolución 2001/46 de la Comisión de Derechos Humanos, de 23 de abril de 2001.

33 Véase el capítulo VI supra.

ción correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas de 1992. Dado que la Declaración no es un instrumento vinculante, sólo unos cuantos Estados, en su mayoría Estados latinoamericanos Partes en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, han adoptado la legislación penal correspondiente, y sólo unos cuantos perpetradores de ese delito han comparecido hasta ahora ante los tribunales. Por consiguiente, la falta de una obligación internacional vinculante, similar a la enunciada en el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y en los artículos 2 a 5 del proyecto de convención sobre las desapariciones, constituye una importante laguna en el presente marco jurídico.

82. Habida cuenta del carácter particularmente grave del delito de desaparición forzada, todo instrumento internacional vinculante que se establezca de acuerdo con las recomendaciones pertinentes del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención deberá estipular lo siguiente:

- todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos;
- el principio de jurisdicción universal se aplicará a todo acto de desaparición forzada;
- ninguna orden o instrucción de una autoridad pública puede ser invocada para justificar una desaparición forzada;
- no se aplicará prescripción alguna al delito de desaparición forzada;
- los autores no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas;
- no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en procesos relacionados con esos actos;

- los autores serán juzgados únicamente por jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar;
- la desaparición forzada no será considerada delito político a los efectos de la extradición, el asilo y el refugio;
- la prohibición de la devolución se aplicará también cuando la persona de que se trate corra el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada.

E. Prevención

83. Además de la represión penal, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha propuesto varias medidas preventivas que posteriormente se incorporaron a la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención. En realidad, el Grupo de Trabajo ha subrayado reiteradamente que nadie tendría que desaparecer en lo sucesivo si los Estados aplicasen la mayoría de las medidas preventivas propuestas.[34] En defecto de un tratado vinculante de ámbito universal, la falta de las siguientes obligaciones mínimas deberá considerarse como una laguna en comparación con la "plena protección":

- la prohibición absoluta de cualquier forma de detención en régimen de incomunicación;
- la obligación de establecer normas jurídicas internas en las que se indiquen a los funcionarios autorizados para ordenar la privación de libertad;

[34] E/CN.4/1983/14, párr. 141; E/CN.4/1986/18/Add.1, párrs. 55 a 58; E/CN.4/1989/18/Add.1, párr. 136; E/CN.4/1990/13, párr. 346; E/CN.4/1991/20, párr. 409, y Add.1, párr. 167; E/CN.4/1992/18, párr. 371, y Add.1, apartado d) del párrafo 204; E/CN.4/1997/34, párrs. 24 a 30.

- el derecho efectivo de hábeas corpus y otras garantías contra la detención arbitraria;
- la obligación de garantizar la investigación de toda denuncia de desaparición forzada por una autoridad oficial independiente;
- el derecho de los familiares a un recurso judicial rápido, sencillo y efectivo en casos de desaparición forzada;
- el establecimiento y mantenimiento de un registro actualizado oficial y generalmente accesible de todos los detenidos y de registros centralizados de todos los lugares de detención;
- la prohibición absoluta de lugares secretos de detención;
- el derecho de acceso a cualquier lugar de detención por una autoridad oficial independiente;
- la puesta en libertad de todos los detenidos de manera que permita una verificación fiable;
- la responsabilidad de los autores de desaparición forzada en derecho civil;
- la formación adecuada del personal de prisiones y de los agentes del orden público.

F. Derecho a obtener reparación

84. El proyecto de "principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", sometido actualmente a la consideración de la Comisión de Derechos Humanos,[35] establece una distinción entre el derecho procesal de las víctimas a un recurso efectivo y el derecho sustantivo a obtener reparación. La reparación será proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, y preverá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, sa-

[35] Véase nota 170 supra.

tisfacción y garantías de no repetición. En el caso de la desaparición forzada, que constituye una violación particularmente grave y continua de los derechos humanos cometida deliberadamente con la intención de eludir la responsabilidad, la verdad, los recursos legales y la reparación revisten la máxima importancia, no sólo como cuestión de reparación de las respectivas víctimas, sino también como condición previa para el establecimiento de la verdad, la justicia y la paz en las sociedades que padecen esas prácticas.

85. El concepto de víctima en los casos de desaparición forzada abarca, como la jurisprudencia demuestra claramente, tanto a las personas desaparecidas como a sus familiares.[36] Por consiguiente, deberá concederse reparación a ambos tipos de víctimas. Como a menudo permanece sin respuesta la cuestión de si la persona desaparecida sigue aún viva o ha sido asesinada, las medidas de reparación deberán concederse de manera que puedan aplicarse tanto a la persona desaparecida como a los familiares.

86. Por restitución se entiende que la persona desaparecida, si aún sigue viva, deberá ser puesta inmediatamente en libertad. Si esa persona ha sido asesinada, la restitución incluye la exhumación e identificación del cuerpo y la entrega de los restos mortales a los parientes más próximos para que éstos puedan organizar un entierro decente que sea acorde con las prácticas religiosas de la víctima y de la familia.

87. Un entierro decente también puede considerarse como una forma de rehabilitación moral o social de la víctima. Si las personas desaparecidas han sobrevivido y finalmente logran escapar o son puestas en libertad suelen padecer las perturbaciones del estrés postraumático, que requieren, a efectos de rehabilitación, amplios cuidados médicos, psicológicos y sociales, así como tratamiento a cargo del gobierno responsable. Las familias, que con frecuencia han tratado durante muchos años, por diversos procedimientos legales, políticos y de otra índole, establecer la suerte y el paradero de sus seres queridos, también tienen título válido a la rehabilitación, con

---

[36] Véase la sección C del capítulo VIII supra.

cargo a los servicios jurídicos y sociales, y necesitan a menudo atenciones psicológicas como resultado de su sufrimiento.

88. Por satisfacción se entiende una amplia categoría de reparaciones que revisten particular importancia en los casos de desaparición forzada. Entraña en primer lugar una disculpa de las autoridades o el gobierno de que se trata, así como la revelación de todos los hechos pertinentes de que dispongan las autoridades. Si el gobierno no está en posesión de los hechos pertinentes (debido a la falta de control sobre las fuerzas de seguridad o porque la desaparición se produjo durante una administración precedente), tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva por todos los medios apropiados, incluida la exhumación, para establecer la verdad acerca de la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y acerca de los causantes de la desaparición. Ello puede lograrse mediante investigaciones penales ordinarias o mediante el establecimiento de órganos de investigación especiales encargados de la búsqueda de las personas desaparecidas, de comisiones encargadas de establecer la verdad, y por otros medios. Además de establecer la verdad y facilitar información a las víctimas y a la sociedad en general, las autoridades también tienen la obligación de hacer que los culpables comparezcan ante los tribunales. Como señaló con razón la Comisión de Derechos Humanos, en el caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, tales como las desapariciones forzadas, la justicia significa justicia penal, y no puede considerarse que los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario proporcionen una satisfacción suficiente a las víctimas.[37] Por consiguiente, los causantes de la desaparición forzada no deben beneficiarse de las leyes de amnistía o de otras medidas similares.[38] Entre las medidas de satisfacción figuran las conmemoraciones pú-

---

37 Bautista c. Colombia, nota 40 supra.

38 Además de las disposiciones pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención, véase la decisión del Comité de Derechos Humanos en la causa Hugo Rodríguez c. Uruguay (Observación N° 322/1988,

blicas para rendir homenaje a las víctimas, con la consiguiente aportación al proceso de fortalecimiento de la justicia y la paz.[39]

89. Las garantías de no repetición comienzan con la cesación de las violaciones continuadas. En el caso de la desaparición forzosa, la violación de los derechos humanos sólo cesa cuando se considera que la suerte y el paradero de la persona desaparecida han sido esclarecidos más allá de toda duda razonable. Si un gobierno está dispuesto a revelar toda la información concerniente a las desapariciones anteriores y realizar las investigaciones necesarias para establecer la verdad, esas medidas también suelen proporcionar ciertas garantías de no repetición. Sin embargo, lo más importante es que los Estados incluyan en su Código Penal la Ley sobre la desaparición forzada como delito de carácter penal y la sanción apropiada,[40] que lleven efectivamente ante la justicia a los autores del delito y que adopten las medidas preventivas necesarias a que ya se ha hecho referencia.

90. Como ocurre con frecuencia, la indemnización pecuniaria por gastos judiciales y por daños materiales y morales sigue siendo de hecho, desgraciadamente, la única forma de reparación a las víctimas de la desaparición forzada. Si una persona desaparecida es puesta en libertad al cabo de dos años o es asesinada, la indemnización por daños materiales, tales como la pérdida de ingresos u oportunidades, podría representar una importante cantidad de dinero, como ponen sobre todo de manifiesto varias sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[41] Análogamente, los

dictamen definitivo de 19 de julio de 1994), en la que se señala que las amnistías por violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

39 Por ejemplo, los esfuerzos realizados por el Alto Representante para Bosnia y Herzegovina para erigir un monumento en honor de las víctimas de ejecuciones arbitrarias y desapariciones forzadas en Srebrenica.

40 Véanse, por ejemplo, los cambios legislativos adoptados por Bolivia y presentados como garantía de no repetición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Trujillo Oroza, nota 56 supra.

41 Véase en particular la nota 49 supra; véase también Nowak, nota 170 supra, pp. 212 y ss.

sufrimientos mentales y físicos de las personas desaparecidas y de sus parientes podrían hacer necesario que los gobiernos de que se trata paguen importantes sumas en concepto de indemnización por daños morales.

91. Muchos de los principios relativos al derecho de reparación en los casos de desaparición forzada están evolucionando con la jurisprudencia de varios órganos de supervisión y tribunales y en el marco del proyecto de principios y directrices de la Comisión. Sin embargo, sería prematuro afirmar que el derecho a obtener reparación en los casos de desaparición forzada y el contenido preciso de ese derecho se hallan establecidos firmemente en el derecho internacional contemporáneo. Por el contrario, esta cuestión es objeto de un importante debate, y la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la desaparición forzada en un futuro próximo podría contribuir a desarrollar el concepto del derecho a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos.

G. Protección del niño

92. La experiencia muestra que los niños se ven con frecuencia particularmente afectados por el delito de desaparición forzada. El niño sufre particularmente si desaparece su madre, su padre o ambos, y puede vivir toda su infancia en una situación constante de incertidumbre, entre la esperanza y la desesperación. Suele ocurrir que una mujer dé a luz a un niño durante su desaparición, y el niño le sea arrebatado y dado en adopción por las mismas autoridades que son responsables de su desaparición. En la Argentina y otros países de América del Sur esas separaciones y adopciones forzadas de niños constituyen una práctica sistemática.[42] Estas prácticas cri-

---

[42] Véase Guest, nota 11 supra; el caso de la desaparición de un niño argentino, nota 42 supra; el "Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias", en *Informe Anual de la Comisión Intera-*

minales, además de causar enormes sufrimientos a los niños y a sus padres, suscitan importantes conflictos de interés entre las personas que adoptan de buena fe a esos niños y los miembros de las familias de los padres desaparecidos. Instrumentos específicos tales como la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños[43] sólo permiten dar una respuesta muy parcial en lo que respecta a los derechos humanos que se ven vulnerados por esas prácticas.

93. Por consiguiente, la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención contienen disposiciones específicas que tratan de esos problemas. Por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 20 de la Declaración estipula que "la apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales". Los Estados deberán consagrar esfuerzos especiales a la búsqueda y la restitución de esos niños a sus familias de origen y deberán permitir la anulación de cualquier adopción resultante de la desaparición forzada. Como estas prácticas se han traducido con frecuencia en adopciones internacionales, los Estados deberán concertar acuerdos bilaterales o multilaterales apropiados.

94. Dado el carácter sumamente grave de estos problemas, es preciso hablar de una laguna en el actual ordenamiento jurídico, que habrá de ser colmada merced a la elaboración de un instrumento universal y jurídicamente vinculante.

---

mericana de Derechos Humanos, 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc.10/Rev.1, de 16 de septiembre de 1998, p. 349; el informe de Theo van Boven a la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1993/8, y el ya mencionado primer informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párrs. 170 a 172.

[43] Aprobada en La Haya el 25 de octubre de 1980.

IX. Conclusiones y recomendaciones

95. La desaparición forzada representa una de las más graves violaciones de los derechos humanos que, si forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra los civiles, constituye un crimen de lesa humanidad. Como muestran los informes anuales del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias a la Comisión, hoy en día las desapariciones forzadas pueden considerarse un fenómeno universal que sigue siendo una práctica sistemática en un número considerable de países. El crimen de la desaparición forzada no sólo va dirigido contra los desaparecidos sino igualmente contra sus familiares, sus amigos y la sociedad en que viven. A los desaparecidos suelen matarlos de inmediato, pero sus hijos, padres o cónyuges siguen viviendo muchos años en una situación de inseguridad, angustia y estrés extremos, desgarrados entre la esperanza y la desesperación. Por lo tanto, deben también ser considerados víctimas de la desaparición forzada.

96. Reaccionando ante la extrema gravedad de esta violación de los derechos humanos, la comunidad internacional ha adoptado diversas medidas en los planos universal y regional, y se han desarrollado algunas normas en el marco de la normativa internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Al mismo tiempo hay que reconocer que la protección contra la desaparición forzada es un concepto de lenta evolución que presenta muchas lagunas y suscita controversias e incertidumbres. Hasta ahora no se ha reconocido ningún derecho humano concreto de la persona a no ser sometida a desaparición forzada, aunque este tipo de violación de los derechos humanos viene produciéndose sistemáticamente durante casi 30 años. En general se la considera una violación de múltiples derechos, pero no se está de acuerdo en cuáles, aparte del derecho a la libertad personal, resultan de hecho vulnerados por un acto de desaparición forzada. Las diversas tentativas de definir la desaparición forzada en la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho

penal internacional han dado distintos resultados. Aunque parece haber acuerdo general en que las desapariciones forzadas deben ser combatidas mediante medidas de derecho penal interno (incluido el principio de la jurisdicción universal) y una amplia gama de medidas preventivas, no existen obligaciones universales jurídicamente vinculantes a este respecto. Como la protección del derecho penal internacional sólo se aplicará en casos excepcionales, la jurisdicción universal en casos particulares claramente definidos de desaparición forzada, con la debida sanción, constituirá la medida más eficaz para desalentar la práctica de la desaparición forzada en el futuro. Por último, hay muchas lagunas en lo que respecta a medidas concretas de prevención (como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención y de todos los detenidos) y al derecho de los desaparecidos y sus familiares a un recurso efectivo y a reparación.

97. Las insuficiencias del actual marco jurídico internacional esbozadas en el presente informe apuntan claramente a la necesidad de contar con un "instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", según se señala en el párrafo 12 de la resolución 2001/46 de la Comisión. Dicho instrumento podría revestir la forma de un tratado especial de derechos humanos, el proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o un protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura.

98. El experto independiente considera que ello forma parte del mandato del futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, de la Comisión que se establecerá de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 12 de la resolución 2001/46 de la Comisión para decidir a cuál de las tres alternativas recién indicadas debe concederse prioridad. Sin embargo, dado que la Comisión ha pedido al experto que tenga en cuenta el proyecto de convención, así como las observaciones de los Estados y las organizaciones

intergubernamentales y no gubernamentales, el experto desea exponer sucintamente sus opiniones sobre las ventajas y los inconvenientes de las tres opciones.

99. Una convención internacional especial para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada sería sin duda muy apropiada para señalar a la atención de los Estados la gravedad extrema de esta violación de los derechos humanos y enumerar las diversas y detalladas obligaciones de los Estados por lo que respecta a la acción penal, las medidas preventivas, los recursos y la reparación. Por otra parte, como ponen de manifiesto muchas observaciones de los gobiernos, la adopción de un tratado especial de derechos humanos contribuiría a una mayor proliferación de tratados de derechos humanos y órganos de supervisión del cumplimiento de tratados.[44] Esa proliferación de órganos de supervisión y los costos que ello entraña podrían evitarse confiando la función de supervisión al Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias o a cualquiera de los órganos existentes de supervisión del cumplimiento de tratados. La primera opción, que cuenta con el beneplácito de algunos miembros del Grupo de Trabajo, presenta el inconveniente de mezclar los procedimientos especiales de la Comisión con la supervisión del cumplimiento de los tratados. A juicio del Grupo de Trabajo, que ha subrayado invariablemente el carácter humanitario de la búsqueda de personas desaparecidas, la supervisión del cumplimiento de los tratados mediante, por ejemplo, la adopción de decisiones con respecto a denuncias individuales, podría afectar a sus principales tareas humanitarias. De todos los órganos existentes de supervisión de tratados sólo el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos parecen desempeñar funciones similares a las que cabe esperar desempeñe un futuro "comité sobre las desapariciones".

100. Un protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura presentaría la ventaja de que ese instrumento ha servido de modelo

---

[44] El artículo 25 del proyecto de convención prevé el establecimiento de un "Comité contra la Desaparición Forzada" integrado por diez expertos.

para la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención. Los principales objetivos de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la desaparición forzada serían similares a los de esa Convención, a saber, una legislación penal interna eficaz, incluida la jurisdicción universal, y medidas eficaces de prevención y reparación. Muchas de las obligaciones preventivas enunciadas en esa Convención, como la educación en materia de derechos humanos del personal encargado de hacer cumplir la ley, la obligación de llevar a cabo una investigación rápida e imparcial o el derecho a interponer recurso y obtener reparación, también ejercen un efecto preventivo sobre las desapariciones. Además, muchas personas desaparecidas son sometidas a tortura, y el Comité de Derechos Humanos considera que todo régimen de incomunicación prolongado constituye un trato inhumano. Por consiguiente, cabría considerar que el Comité contra la Tortura es el órgano de supervisión de tratados con mayor experiencia en la lucha contra la desaparición forzada. Como se ha confiado ya al Comité, en virtud del artículo 20 de esa Convención, la función de realizar procedimientos confidenciales de investigación, incluso posibles visitas sobre el terreno, este procedimiento podría también utilizarse para investigar los casos de desaparición forzada. Por otra parte, la desaparición forzada es un concepto mucho más amplio que entraña violaciones de los derechos humanos no abarcadas actualmente por el mandato y la experiencia del Comité contra la Tortura. Además, cabría alegar que un Comité compuesto únicamente por 10 expertos, que en un futuro cercano podría encargarse también de supervisar o incluso realizar visitas preventivas a los lugares de detención, de conformidad con el proyecto de protocolo facultativo de esa Convención, que examina actualmente la Comisión, tal vez no esté en situación de realizar nuevas tareas esenciales, como la supervisión de las desapariciones forzadas.

101. Un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presentaría la ventaja de que la desaparición forzada constituye una violación de múltiples derechos humanos

que están abarcados por el Pacto. Así pues, el Comité de Derechos Humanos cuenta ya con la experiencia necesaria en lo que respecta a los diversos aspectos de la desaparición forzada, lo que pone de manifiesto su elaborada jurisprudencia sobre la materia. Además, este órgano integrado por 18 expertos cuenta con una reputación particularmente alta y dispone de tiempo y recursos suficientes para asumir una nueva tarea de supervisión. Por otra parte, la capacidad del Comité de Derechos Humanos para asumir una nueva tarea de supervisión dependerá de las funciones concretas que se confíen al Comité en virtud de un futuro protocolo facultativo sobre la desaparición forzada. La supervisión adicional de esta violación de los derechos humanos en el contexto de los informes presentados por los Estados y los procedimientos de presentación de comunicaciones individuales e interestatales no representarán una carga adicional excesiva, ya que el Comité de Derechos Humanos ha desempeñado ya en parte esas funciones en lo que respecta a las desapariciones. Sin embargo, un futuro instrumento vinculante sobre la desaparición forzada va más allá de los procedimientos de supervisión tradicionales y también incluye, por ejemplo, mecanismos especiales para la búsqueda de las personas desaparecidas, un procedimiento de investigación con visitas al territorio de los Estados Partes y, posiblemente también, visitas preventivas a los lugares de detención o, por lo menos, la supervisión de dichos lugares.[45]

102. Aun cuando las tres opciones parecen presentar ciertas ventajas e inconvenientes, el experto independiente llega a la conclusión de que, partiendo del supuesto de que los gobiernos desean evitar una mayor proliferación de los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados, el Comité de Derechos Humanos podría estar en mejores condiciones de asumir la tarea adicional de supervisar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones a fin de prevenir las desapariciones, investigar los casos de desaparición

---

[45] Véanse los artículos 27, 28 y 31 del proyecto de convención, todos los cuales prevén la posibilidad de realizar visitas al territorio de los Estados Partes.

y llevar a los culpables ante la justicia y proporcionar recursos efectivos y reparación a las víctimas. Dado que la capacidad del Comité de Derechos Humanos para asumir esas funciones adicionales dependerá, en cierto modo, del carácter preciso de los procedimientos de supervisión que se establezcan, tal vez convenga dar instrucciones al futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones de la Comisión para que convenga en primer lugar en las obligaciones sustantivas y procesales de los Estados Partes, así como en los mecanismos de supervisión apropiados, y sólo después decidir, previa consulta con los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados, a quién debe confiarse la realización de esas tareas.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Caso Rafael Armando Rojas García contra Colombia
Comunicación 687 de 1996
Decisión adoptada el 3 de abril de 2001

Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. El autor de la comunicación es Rafael Armando Rojas García, ciudadano colombiano que escribe en su nombre, así como en nombre de su madre anciana, sus dos hijos, su hermano y dos hermanas, tres sobrinas y una asistente del hogar. Afirma que son víctimas de violaciones por Colombia del artículo 7, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, los párrafos 1 y 2 del artículo 17, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 y los artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los hechos expuestos parecen también plantear una cuestión en relación con el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

Los hechos expuestos por el autor

2.1. El 5 de enero de 1993 a las 2.00 horas de la madrugada un grupo de hombres armados vestidos de civil, integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, entraron en forma violenta en la casa del autor, por el tejado. El grupo armado registró todas las habitaciones, aterrorizando y maltratando de palabra a los familiares del autor, entre los que se encontraban niños de corta edad. Durante el registro uno de los individuos disparó un arma de fuego. Otras dos personas entraron por la puerta principal; una de ellas escribió a máquina un acta y se la hizo firmar al único varón adulto de la familia que se encontraba presente (Álvaro Rojas), sin permitirle que la leyera y sin entregarle copia. Cuando Álvaro Rojas preguntó si era necesario actuar en esa forma brutal, le dijeron que hablara con el procurador Carlos Fernando Mendoza. Entonces se informó a la familia de que el registro de la casa era parte de la investigación por el homicidio del alcalde de Bochalema, Ciro Alfonso Colmenares.

2.2. Ese mismo día, Álvaro Rojas presentó una denuncia ante la Procuraduría Provincial de Cúcuta por la entrada ilegal en la casa de la familia. Las autoridades provinciales iniciaron una investigación, que no sólo no se completó debidamente sino que sencillamente se archivó el 3 de noviembre de 1993. El autor no fue informado de que su denuncia se había archivado. Formuló una nueva denuncia ante la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada de la Policía Judicial y Administrativa en Bogotá. Esta también fue archivada el 24 de junio de 1994, supuestamente en aplicación del principio *non bis in idem*. El autor declara que ha entablado una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta, a fin de obtener alguna reparación por el allanamiento de su casa y el uso de un arma de fuego.

La denuncia

3.1. El autor sostiene que esa incursión violenta en el domicilio de su familia produjo un grave trauma nervioso y afectó psicológicamente a su hermana, Fanny Elena Rojas García, que era inválida. La hermana falleció el 8 de agosto de 1993, y se considera que esos hechos fueron la causa indirecta de su muerte. Además, la anciana madre del autor, de 75 años, nunca se ha recuperado totalmente de la conmoción sufrida.

3.2. El autor declara que las autoridades, lejos de investigar a fondo el asunto, han hecho todo lo posible por encubrir el incidente. No se ha intentado determinar la responsabilidad ni de las autoridades que autorizaron el allanamiento ni de quienes lo llevaron a cabo, ni siquiera la del funcionario que disparó un arma de fuego en una habitación donde se encontraban menores de edad.

3.3. El autor sostiene que los hechos descritos constituyen violaciones del artículo 7, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, los párrafos 1 y 2 del artículo 17, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 y los artículos 23 y 24 del Pacto.

Observaciones del Estado Parte y respuesta del autor

4.1. En una comunicación de 12 de noviembre de 1996, el Estado Parte sostiene que el autor no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna ya que aún está en curso una investigación para la eventual adopción de medidas disciplinarias contra los funcionarios que allanaron la casa del autor.

4.2. El Estado Parte argumenta además que el allanamiento del domicilio del autor cumplía todos los requisitos legales provistos en el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal y se ajustaba, por tanto, a la ley. Un funcionario del tribunal, Miguel Ángel Villamizar Becerra, dio la orden de allanamiento, que se realizó en presencia de un procurador. A este respecto, se señala que toda la documentación pertinente respecto a las posibles responsabilidades de los agen-

tes que participaron en el allanamiento fue solicitada por la Fiscalía General por vía de su veeduría a fin de establecer si era necesario imponer medidas disciplinarias. También se hace referencia a una investigación disciplinaria realizada por la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación y a otra realizada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, que fueron archivadas ambas.

5. El 22 de enero de 1997, el autor reitera que el allanamiento fue ilegal ya que el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal no prevé la actuación de “comandos” nocturna, las entradas por el tejado ni los disparos al aire, etc. Sostiene que el fiscal delegado ante las Fuerzas Armadas *no* estuvo presente y que el procurador sólo apareció al final de los hechos y únicamente para levantar un acta de la cual no se entregó copia alguna al hermano del autor. El autor reitera las consecuencias de largo alcance que ha tenido el allanamiento para su familia, que se ha estigmatizado a su familia imputándole el homicidio del exalcalde, que su hermana murió después del allanamiento y que su madre y los niños siguen padeciendo la conmoción. El autor señala que los procedimientos administrativos iniciados en 1993 no han dado ningún resultado hasta la fecha.

6. El 14 de octubre de 1997, el Estado Parte informó al Comité de sus indagaciones sobre el estado de los procedimientos administrativos en este caso. La Fiscalía General de la Nación pidió a la Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación en Cúcuta que le informara si se habían iniciado procedimientos en contra del agente Gabriel Ruiz Jiménez. Hasta el 30 de abril de 1997 no se había iniciado ningún procedimiento. Se reiteró la solicitud en junio, julio y agosto de 1997, nuevamente con resultados negativos. El Estado Parte afirma que las investigaciones continúan y que, en consecuencia, no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna.

Decisión del Comité sobre admisibilidad

7.1. En su 62 período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación y tomó nota de la solicitud del Estado

Parte de que se declarara inadmisible la comunicación por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna. El Comité consideró que en las circunstancias del caso cabía llegar a la conclusión de que el autor había procurado diligente pero infructuosamente utilizar recursos con el fin de establecer las responsabilidades por el allanamiento de su domicilio. A más de cinco años de los hechos (en el momento de la decisión de admisibilidad), los responsables del incidente no habían sido ni identificados ni acusados, menos aún juzgados. El Comité concluyó que, en las circunstancias del caso, la tramitación de los recursos internos se había "prolongado injustificadamente" en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2. Respecto a las denuncias del autor en relación con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 y los artículos 23 y 24 del Pacto, el Comité observó que éstas eran de carácter general y no se habían sustanciado con nuevos elementos. Nada indicaba, por ejemplo, que se hubiera formulado una acusación contra el autor de la que no hubiera sido informado oportunamente (apartado a) del párrafo 3 del artículo 14) o que se le hubiera privado de libertad de expresión (art. 19), ni se describía en qué forma el Estado se había injerido en su vida familiar o no respetado los derechos de los niños (arts. 23 y 24).

7.3. Con respecto a las otras denuncias, en relación con el artículo 7 y los párrafos 1 y 2 del artículo 17 del Pacto, el Comité estimó que se habían sustanciado lo suficiente a los efectos de determinar la admisibilidad y que, en consecuencia, debían ser examinadas en cuanto al fondo.

Observaciones del Estado Parte en cuanto al fondo y comentarios del autor al respecto

8.1. Por comunicación de 28 de diciembre de 1999, el Estado Parte reitera su postura con respecto a la inadmisibilidad de la queja presentada y considera que no se ha producido violación de ningu-

no de los artículos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8.2. El Estado Parte señala, tal como había hecho anteriormente el autor, que el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, Seccional Cúcuta, adelantó investigación administrativa tendiente al esclarecimiento del incidente ocurrido el 5 de enero de 1993, en el allanamiento del inmueble de la familia Rojas García y en providencia de 3 de noviembre de 1993 ordenó su archivo por falta de mérito. Igualmente, hechas las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, se ordenó abrir diligencias preliminares por estos mismos hechos en contra de Gabriel Ruiz Jiménez, autor del disparo durante el allanamiento. Según la Procuraduría Delegada, no existe mérito alguno para proseguir con la indagación preliminar, ya que se encuentra demostrado que la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cúcuta, inició y culminó investigación disciplinaria por estos mismos hechos, habiendo terminado la misma mediante resolución de archivo (ver párr. 2.2).

8.3. La Fiscalía General de la Nación reiteró en oficio de 10 de mayo de 1999 que el Director Seccional del CTI de Cúcuta, quien adelantó investigación preliminar disciplinaria contra Gabriel Ruiz Jiménez, dispuso el archivo del caso al considerar que el disparo efectuado por éste se debió a un caso fortuito y no a negligencia o indebida conducta del presunto implicado, razón por la cual no había mérito para abrir investigación formal.

8.4. En relación a los traumas psicológicos causados a los moradores de la vivienda por el pánico producido, sostiene el Estado Parte que le corresponde a un perito médico establecerlos, dentro del proceso contencioso administrativo que se encuentra en curso.

8.5. Informa el Estado Parte que el autor cursa una demanda por los hechos ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander, para reclamar indemnización por los presuntos perjuicios ocasionados.

8.6. El Estado Parte no comparte la consideración del Comité en cuanto se afirma que a más de 5 años de los hechos, los responsa-

bles del incidente no han sido identificados ni acusados. Para el Estado Parte, es claro que se llevó a cabo un allanamiento por parte de miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía, de acuerdo con el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, que establece lo siguiente:

> Allanamiento, procedencia y requisitos. Cuando hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentre alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario judicial ordenará en providencia motivada, el correspondiente allanamiento y registro.
>
> La providencia a que se refiere el inciso anterior no requiere notificación.

8.7. En este sentido, el Estado Parte estima que la responsabilidad por posible irregularidad en el desempeño de sus funciones ha de ser extraída de las investigaciones de los organismos estatales competentes. En cuanto a la presunta responsabilidad del Sr. Gabriel Ruiz Jiménez, la Fiscalía determinó que fue producto de un accidente.

8.8. En cuanto a la prolongación injustificada de los recursos internos a que se refiere el Comité, en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo, el Estado Parte hace las siguientes observaciones:

1) El hermano del autor de la denuncia ha hecho desde la fecha del suceso uso de recursos contemplados en la legislación nacional ante la Procuraduría General de la Nación, la cual a través de la Procuraduría Delegada de la Policía Judicial y Administrativa de Santafé de Bogotá ordenó, en acto de 24 de junio de 1994, el archivo de la investigación, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Cuerpo Técnico de Investigación de Cúcuta, inició y culminó investigación disciplinaria por estos mismos he-

chos. Explica el Estado Parte que el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante, no demuestra por sí solo la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces. Si en un caso como el que se analiza, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo, sino recurrir a otro procedimiento más apropiado.

2) El Sr. Rojas García interpuso además una demanda contra la Nación ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, haciendo uso de otro recurso, cuya sentencia, en el momento de recibirse esta comunicación, está a punto de proferirse. Dichos recursos, por consiguiente, no se han prolongado injustificadamente, como afirma el Comité, ya que las circunstancias del caso mismo han exigido que el empleo de los mismos haya sido el más adecuado y efectivo. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. La norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no lo produzca o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. No ha sido intención de las autoridades competentes haber prolongado las investigaciones, ya que su ligereza sí habría conducido a pronunciamientos absurdos e ilógicos.

8.9. El Estado Parte reitera que el Sr. Rojas García no había agotado aún los recursos internos en el momento de someter el caso a consideración del Comité, por lo que la comunicación no debió admitirse en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.1. Las observaciones del Estado Parte en cuanto al fondo fueron remitidas al autor, quien, por comunicación de 14 de marzo de 2000, rebate algunos de los argumentos presentados por el Estado. Así, reitera que una familia sin antecedentes de ninguna índole con la justicia fue presa de un allanamiento y sus moradores maltratados. Explica que ese allanamiento se hizo presumiendo que en ese lugar se encontraban los criminales y al encontrar a niños y ancianos, en

vez de rectificar su error, lo que han hecho hasta la fecha es ratificarlo.

9.2. Según el autor, el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal no se podía aplicar en este caso contra la residencia de una familia honesta, sin llenar con anterioridad los más elementales dispositivos legales previstos para estos casos. Al irrumpir violentamente penetrando por un tejado a las 2.00 de la madrugada y disparar un arma, se estaban violando la protección a la vida, a la convivencia y demás derechos y libertades garantizados en la Constitución colombiana.

9.3. El autor rechaza el argumento del Gobierno en el que da a entender que cuanto más tiempo dure la investigación de un proceso, menos absurdos e ilógicos serán sus pronunciamientos. El autor reitera que han pasado más de siete años desde que ocurrieron los hechos y aún no se ha resuelto el caso.

9.4. Añade el autor que sería fundamental que en casos arbitrarios originados por el uso indebido de la fuerza se les diera un tratamiento como asuntos especiales para que sean analizados y juzgados por veedurías internacionales y de esta forma se preserve la imparcialidad en el debido proceso.

9.5. Por comunicación de fecha 10 de julio de 2000, el autor informa que en relación a la demanda que interpuso contra la Nación en el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander a fin de obtener reparación por el allanamiento de su casa, la Sentencia del Tribunal negó las súplicas presentadas, alegando falta de pruebas y ciñéndose estrictamente al artículo 343 del Código de Procedimiento Penal. Señala el autor que el fallo ha sido apelado en segunda instancia ante el Consejo de Estado en Bogotá.

9.6. Reitera el autor que según testigos presenciales, el allanamiento iba dirigido a la casa Nº 2-36 y no a la 2-44 (de la familia Rojas García). Igualmente explica que la viuda de Ciro Alonso Colmenares (alcalde de Bochalema, cuyo homicidio originó la investigación que dio lugar al allanamiento de la casa de la familia Rojas), le aseguró que nunca les había denunciado. En relación al disparo

efectuado por Gabriel Ruiz Jiménez, alega que éste no se produjo de manera accidental, sino una vez dentro de la casa, obligando a los residentes de la casa a buscar las llaves que daban hacia la calle. Señala también que cuando se dieron cuenta de que en la casa vivía una funcionaria de la Fiscalía Seccional con sede en Pamplona, Cecilia Rojas García, los asaltantes cambiaron de actitud y algunos de ellos se disculparon manifestando que se habían equivocado.

9.7. Respecto a la muerte de su hermana, meses después del allanamiento, el autor sostiene que las autoridades no realizaron los esfuerzos necesarios para demostrar la existencia de un nexo causal entre el allanamiento y su muerte.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las partes, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

10.2. El Comité ha tomado nota de la afirmación del Estado Parte de que el autor no agotó los recursos internos en el momento de someter la comunicación al Comité y, por tanto, la comunicación no debía haberse admitido. Toma igualmente nota de que, según el Estado Parte, no ha sido intención de las autoridades competentes prolongar las investigaciones, ya que su ligereza sí habría conducido a pronunciamientos absurdos e ilógicos. El Comité se remite a lo expresado en la decisión de admisibilidad al respecto.

10.3. Lo primero que debe determinar el Comité es si las condiciones concretas en que se produjo el allanamiento de la vivienda de la familia Rojas García (hombres encapuchados entrando en la vivienda por el tejado a las 2.00 horas de la madrugada) constituyen una violación del artículo 17 del Pacto. En su comunicación de 28 de diciembre de 1999, el Estado Parte reitera que el allanamiento en el domicilio de la familia Rojas García se realizó según la letra de la

ley, de acuerdo con el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal. El Comité no entra en la cuestión de la legalidad del allanamiento, no obstante considera que, a tenor del artículo 17 del Pacto, no sólo es necesario que la injerencia en el domicilio sea legal, sino que no sea arbitraria. El Comité considera, de acuerdo con su Observación General Nº 16 (HRI/GEN/1/Rev.4, de 7 de febrero de 2000) que el concepto de arbitrariedad en el artículo 17 pretende garantizar que cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso. Asimismo, considera que el Estado Parte no ha proporcionado argumentos suficientes para justificar la actuación descrita. Consecuentemente, el Comité concluye que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 17 en cuanto se ha producido una interferencia arbitraria en el domicilio de la familia Rojas García.

10.4. El Comité considera que al haber encontrado una violación del artículo 17 con respecto a la arbitrariedad del allanamiento de la vivienda del Sr. Rojas García, no es necesario que se pronuncie en cuanto a si el mismo además constituye un ataque al honor y reputación del autor y su familia.

10.5. Con respecto a la alegación de violación del artículo 7 del Pacto, el Comité observa que el trato recibido a manos de la policía por la familia Rojas García, y descrito en el punto 2.1 *supra*, no ha sido rebatido por el Estado Parte. Consecuentemente, el Comité decide que en este caso ha existido una violación del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí revelan una violación, por el Estado Parte, respecto a la familia Rojas García, del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. En virtud de lo establecido en el inciso a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte está obligado a garantizar a Rafael A. Rojas García y a su familia un recurso efectivo que incluya

indemnización. El Estado Parte también está obligado a adoptar medidas para impedir violaciones semejantes en el futuro.

13. Habida cuenta de que, al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del mismo y que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar que todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción disfruten de los derechos reconocidos en el Pacto y a establecer recursos efectivos cuando se hubiere determinado la existencia de una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, dentro de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a su dictamen. También pide al Estado Parte que publique el dictamen del Comité.

Voto particular de los miembros del Comité
Sres. Nisuke Ando e Iván A. Shearer

Compartimos la conclusión del Comité de que se ha violado el párrafo 1 del artículo 17 en la medida en que fue allanado el domicilio de la familia Rojas García. Ahora bien, no podemos estar de acuerdo con su conclusión de que se ha violado el artículo 7 en el presente caso (párrs. 10.3 y 10.5).

Según el Comité (el dictamen mayoritario), el trato recibido por la familia Rojas García a manos de la policía descrito en el párrafo 2.1, que el Estado Parte no ha refutado, constituye una violación del artículo 7. El párrafo 2.1 dice que el 5 de enero de 1993 a las 2.00 horas de la madrugada un grupo de hombres armados vestidos de civil, integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, entraron en forma violenta en la casa del autor, por el tejado; que el grupo registró todas las habitaciones aterrorizando y maltratando de palabra a los familiares del autor, entre los que se encontraban niños de corta edad, y que durante el registro uno de los individuos disparó un arma de fuego.

Como afirma el propio autor, la unidad que hizo el registro al parecer se equivocó de domicilio (Nº 2-44 en vez del Nº 2-36) y, cuando se dieron cuenta de que en la casa vivía una funcionaria de la Fiscalía Seccional, algunos de ellos se disculparon manifestando que se habían equivocado (párr. 9.6). El autor también afirma que el allanamiento se hizo presumiendo que en ese lugar se encontraban los criminales, pero que después del incidente, en vez de rectificar el error, la Fiscalía lo ha agravado (párr. 9.1).

A nuestro parecer, la unidad de registro debía esperar que se hiciera una firme resistencia, hasta con armas de fuego, porque suponían que el asesino o los asesinos del alcalde se escondían en la casa. Esto explicaría lo que se expone en el párrafo 2.1: la entrada por la fuerza en el domicilio subiendo por el tejado en medio de la noche, el probable uso por los allanadores de palabras groseras mientras registraban todas las habitaciones de la casa y el disparo que se le escapó a uno de ellos. Desde luego, el ministerio público se equivocó, pero no es seguro que el comportamiento de la unidad durante el registro a causa de ese error se pueda caracterizar como una violación del artículo 7.

A nuestro juicio, la unidad procedió de buena fe hasta que se dio cuenta de que se habían equivocado de casa. El Estado Parte sostiene que la entrada en la casa del autor se realizó según la letra de la ley. El Estado Parte también afirma que el Director Seccional del CTI adelantó la investigación preliminar del disparo y lo consideró un caso fortuito y no indebida conducta (párr. 8.3). En estas circunstancias, concluimos que la unidad que hizo el registro no tenía la intención de aterrorizar a la familia del autor.

Ordinariamente, el artículo 7 exige que el autor haya tenido el propósito de causar los efectos de sus actos y la falta de ese propósito redunda en la supresión o atenuación de la ilicitud de los actos. Esto se aplica a indagaciones policiales como la realizada en el presente caso. Por consiguiente, a nuestro juicio, no ha habido violación del artículo 7 en este caso.

Corte Constitucional
Sentencia C-774 de 2001
Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil
25 de julio de 2001

[...] Consideraciones de la Corte [...]

4. Presunción de inocencia, libertad personal, bloque de constitucionalidad y detención preventiva

Para proceder a fallar sobre la Constitucionalidad de las normas demandadas, es necesario realizar un análisis previo sobre la presunción de inocencia y la libertad personal reconocidas en la Constitución Política.

1. Presunción de inocencia[*]

La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4° de la Constitución Política, mandato por el cual: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable". Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la

* La numeración de los párrafos corresponde a la de la sentencia original.

valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querella o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo,* según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: "Toda persona acusada de un delito tiene *derecho a que se presuma su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974, establece: "..Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad..." (artículo 8º).

El Decreto 2700 de 1991 señala en su artículo 2º: "En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad". Igualmente la Ley 600 de 2000, en su artículo 7º expresa: "Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia conde-

natoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado...".

4.2. El derecho a la libertad personal

La libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende

> la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.

El derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado. Ha precisado esta Corte: "...Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles...".

El artículo 28 de la Carta Política representa la cláusula general de tutela y reconocimiento del derecho a la libertad personal, ya que consagra de manera precisa, clara y expresa que: "Toda persona es libre", al mismo tiempo, establece los fundamentos jurídicos mediante los cuales se admite su restricción, al disponer que: "Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado..", salvo que concurran tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

La Corte ha sostenido:

... Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable...

...Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal...

...Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2° que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona "se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas"...

...Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, *el legislador*, al regular los supuestos en los que opere la restricción del

> derecho, debe observar criterios de *razonabilidad y proporcionalidad* que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo...

La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968 establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...", la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 precisa: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas".

El Decreto 2700 de 1991 e igualmente la Ley 600 de 2000, ordenan que: "toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley".

4.3. *El bloque de constitucionalidad, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal*

La Corte Constitucional ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir

de su comparación con otras disposiciones, las cuales de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad *stricto sensu)*, o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, representan parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad *latu sensu*).

El conjunto de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu,* forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control, "...conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias..."

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, la Corte ha precisado que:

> ...sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica...

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu* (algunos tratados sobre de derechos humanos, leyes orgánicas y ciertas leyes estatutarias), forman parámetros de validez constitucional, por virtud de los cuales, si una ley u otra norma de rango inferior es incompatible con lo dispuesto en cualquiera de dichas disposiciones, la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, para cumplir con el mandato constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Corresponde a la Corte precisar si las *normas* de los tratados internacionales ratificados por Colombia, referentes a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal forman parte del bloque de constitucionalidad. Esto es así porque

> ...si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, *ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes* que lleva a cabo esta Corporación en los estrictos y precisos términos del artículo 241 del Estatuto Superior...

Para que las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Colombia, formen parte del bloque de constitucionalidad, es necesario el cumplimiento de dos requisitos, a saber: deben reconocer un derecho humano y dicho derecho no debe ser susceptible de limitación en los estados de excepción (artículo 93 de la Constitución Política).

Frente al derecho a la libertad personal, esta Corporación mediante sentencia C- 327 de 1997, señaló que:

> ...al efectuar el análisis de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria: por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 4° en el cual, el legislador, *valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* enuncia una serie de derechos que califica de intangibles, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario y dentro de esa enunciación *no aparece la libertad personal* que es susceptible de limitación como surge, por ejemplo del literal f) del artículo 38 [de la ley 137 de 1994]... Así las cosas, los tratados internacionales invocados por el demandante, *en la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad...,*

en la medida en que dicho derecho es susceptible de limitación en los estados de excepción.

No obstante, la Constitución ordena en el inciso segundo del artículo 93 que para la interpretación de los derechos consagrados en la Carta, debe estarse [sic] a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, evento por el cual, aunque las disposiciones referentes al derecho a la libertad personal no hacen parte del bloque de constitucionalidad, no por eso debe desconocerse que su interpretación debe realizarse de acuerdo con sus mandatos. La Corte ha sostenido: "...Claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 93 de la constitución Política, el alcance de su garantía constitucional *debe interpretarse* a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...".

Frente a la presunción de inocencia, la Corte considera que las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sí forman parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que, la presunción de inocencia es un derecho humano, el cual no es susceptible de limitación o restricción en los estados de excepción, ya que si el derecho al debido proceso y el principio de legalidad no admiten restricción alguna, según lo dispone el artículo 27 de la Ley 16 de 1972, que ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, menos aún la presunción de inocencia derecho fundamental a partir del cual se edifican las garantías jurídicas citadas. Señala la disposición citada:

> ...2. La disposición precedente [suspensión de garantías por estados de excepción] no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3º (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4º (derecho a la vida), 5º (derecho a la integridad personal), 6º (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9º *(principio de legalidad* y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 17 (protección de la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), *ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos.*

4.4. Las medidas de aseguramiento y la detención preventiva

Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial.

La Corte ha señalado:

> …Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin…

Las medidas cautelares deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán, con un carácter eminentemente provisional o temporal y bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén.

Las medidas de aseguramiento para imputables reconocidas en Colombia mediante el Decreto 2700 de 1991, son: la caución juratoria o prendaria, la conminación y la detención preventiva o domiciliaria (artículo 388). De acuerdo con la Ley 600 de 2000, nuevo Código de Procedimiento Penal: "solamente se tendrá como medida de aseguramiento para imputables la detención preventiva" (artículo 356).

En desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estric-

tas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad (artículo 388 del CPP) o de dos indicios graves de responsabilidad (artículo 356 del nuevo CPP), con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

> …la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador…

La detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, "...se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado...".

4.4.1. En los anteriores términos, la institución de la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio. Es por eso que la Corte Constitucional ha distinguido entre ella y la pena, en los siguientes términos:

…En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. A la segunda se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso…

…Así, una cosa es *detener* al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad *existe esa responsabilidad penal* y de que, por tanto, debe *aplicarse la sanción* contemplada en la ley…

No obstante lo anterior, la ley permite que el tiempo de detención sea computado como parte de la pena, lo que se convierte en un dictado de justicia y de equidad (artículo 406 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 261 de la Ley 600 de 2000).

Igualmente la Corte ha sostenido la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en los siguientes términos:

...La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en

relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes…

…La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución…

…La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal…

4.4.2. Por su parte, la Corte ha establecido la concurrencia de la detención preventiva con el derecho a la libertad personal, en los siguientes términos:

...El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales…

Aunque las disposiciones referentes al derecho a la libertad personal que se encuentran en los tratados internacionales de derechos humanos, no hacen parte del bloque de constitucionalidad, siguiendo las precisiones realizadas con anterioridad (mirar 4.3), no por eso debe desconocerse que su interpretación debe realizarse acorde con sus mandatos. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional: "...claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 93 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos...", por tal motivo se citan los principales documentos internacionales ratificados por Colombia que conciben a la detención preventiva como una excepción al derecho a la libertad personal.

El artículo 9 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, establece:

> Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta… La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro *momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7º, aprobada mediante la Ley 74 de 1968, señala: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes y por las leyes dictadas conforme a ellas".

Por todo lo anterior, se puede concluir que la detención preventiva es compatible con la Constitución y con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, en cuanto tiene un carácter preventivo y excepcional. En esos términos se ha pronunciado la Corte en anteriores fallos y por consiguiente, sobre el particular ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional formal y

material, tal como, en cada caso, se establecerá en la parte resolutiva de esta providencia.

5. [sic] De las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva en un Estado Social de Derecho y a la luz del derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia

Procede la Corte ahora a analizar las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva a la luz de la Constitución.

La procedencia de la detención preventiva tiene como sustento legal el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, estructurados bajo un criterio de graduación punitiva, situación de flagrancia, y en ciertos casos vinculado a delitos taxativamente reconocidos por el legislador (artículo 397 CPP y artículo 357 del nuevo CPP).

4.5.1. La detención preventiva procede de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con la observancia de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

La Corte, por su parte, ha determinado la constitucionalidad de supuestos que permiten la aplicación de la detención preventiva (incisos 1°, 2°, 3° y 7° del artículo 397 del CPP), bajo el entendido de que corresponde a la órbita de configuración legislativa determinar bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, cuál ha de ser la política punitiva del Estado.

Al respecto la Corte ha expresado:

> … La Corte ha hecho énfasis en que tratándose de la libertad personal, la Constitución Política establece una estricta reserva de ley, siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, tarea que redunda en beneficio del derecho en la medida en que los asociados cuentan

con la definición de los eventos en los cuales resulta posible afectarlo. En este sentido la Corporación ha puntualizado que "las normas legales que fijan y precisan los supuestos en los que a una persona se le puede privar de la libertad, constituyen garantía del derecho que de esa forma desarrollan…

…Al definir las causales de detención preventiva el legislador, actuando bajo el marco de la carta y en atención a la política criminal que adopte, utiliza los criterios que estima adecuados al logro de las finalidad de esa especifica medida de aseguramiento…

La Corte ha señalado que la potestad de configuración legislativa tiene como límite de aplicación los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que las restricciones a la libertad no pueden convertirse en una regla general:

…Ahora bien, en ejercicio de las competencias que le atañen tratándose de la regulación de la libertad y en concreto del señalamiento de los casos en que sea procedente su privación, el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad "que al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental"…

En un idéntico sentido expresó:

…No obstante, resulta relevante aclarar que, en materia de restricciones a la libertad personal, la facultad de configuración legislativa resulta válida en la medida en que, de un lado, se mantenga un equilibrio con las demás garantías y derechos reconocidos en la Constitución y en la ley y, del otro, se expidan medidas coercitivas fundamentadas en un principio de razón suficiente que avale su operancia en el orden jurídico interno. En efecto, tal como lo ha sostenido la Corte, "aún cuan-

> do el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo"...

Es importante determinar cuál es el ámbito constitucional dentro del cual debe desenvolverse la potestad de configuración legislativa del Congreso en materia de detención preventiva.

La Corte Constitucional ha precisado que de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, referente a los requisitos de la detención, y en especial a la necesidad de existencia "de motivos previamente definidos en la ley", se hace necesario la intervención del legislador para señalar los motivos que permitan decretar la detención en el régimen jurídico colombiano.

En tal sentido expresó:

> ...Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad de sino en la forma y *en los casos previstos en la ley*, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable...

> ...Se deduce de lo expuesto que el Constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación, empero, los casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal...

4.5.2. No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado Social de Derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º).

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

El concepto de detención preventiva tiene en la Constitución, en principio, el carácter de indeterminado, en la medida en que, ni en la norma que la permite (artículo 28 de la CP) ni en el resto de las disposiciones de la parte dogmática de la Carta, se definen su alcance o sus limitaciones.

En el proceso de concretización de ese contenido abierto, la propia Carta, en su parte orgánica suministra algunos elementos, cuando en el artículo 250, al regular las acciones que debe tomar la Fiscalía para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, señala que ésta debe asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento.

Se tiene entonces que la propia Constitución, el artículo 250 citado, establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo esta norma no agota al ámbito de indeterminación del concepto, cuyo alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia. Sobre este particular la Corte ha dicho que:

> ...Dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece en primer lugar la de "Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento".... El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. *La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción...*

Como se ve, esta Corporación, aún dentro del ámbito del propio artículo 250, ha encontrado para la detención preventiva finalidades que desbordan el tenor literal previsto en esa disposición.

Para la completa determinación del concepto de detención preventiva, reitera la Corte, la Constitución ha dejado un espacio a la potestad de configuración del legislador, la cual sin embargo, no está exenta de límites, puesto que debe ejercerse de manera que respete tanto la naturaleza cautelar de la figura como los principios y derechos constitucionales.

La propia Carta contiene elementos que sin excluir otros que puedan resultar constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva. Así, por ejemplo, puede considerarse que la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la detención preventiva, la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, tal como se deduce del numeral 4° del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual, es función de la Fiscalía "*velar por la protección* de las víctimas, *testigos* e intervinientes en el proceso". Si a dicha entidad le corresponde velar por la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de

aseguramiento que considere pertinentes, circunstancia que bajo una interpretación sistemática no restringe su alcance a otros medios de prueba que puedan resultar en un serio y fundado peligro (*fumus boni juris*), y que requieran como única medida de protección la detención, ya que en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana (arts. 1° de la Constitución) y el derecho a la libertad personal (art. 2°. y 28 de la Constitución), es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales como disponer la vigilancia de las personas, o la incautación de documentos, entre otras (artículo 256 del Decreto 2700 de 1991). Condicionamiento que hace efectivo el postulado constitucional de la investigación integral, por el cual es obligación de la Fiscalía General de la Nación investigar no sólo lo desfavorable al acusado sino también lo favorable.

Igualmente, la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1° de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en "la prevalencia del interés general", cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, "asegurar la convivencia pacífica" de la comunidad, no obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana, y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado.

Por lo tanto, los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental.

La presente consideración fue expuesta por la Corte de la siguiente manera:

… Es importante precisar que la resolución de detención preventiva no conlleva en todos los casos la privación efectiva y material de la libertad individual. En realidad, bajo el supuesto de que el procesado se encuentra amparado por la *presunción de inocencia* incluso durante la etapa del juzgamiento, "la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal"…

En igual sentido:

…La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los *fines* de la investigación penal…

[…]

Corte Constitucional
Sentencia C-251 de 2002
Magistrados ponentes: Eduardo Montealegre Lynett
y Clara Inés Vargas Hernández
11 de abril de 2002

[...] III. Consideraciones y fundamentos [...]

Convivencia pacífica, políticas de seguridad y defensa y el modelo de Estado previsto en la Constitución

5. Una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden

público y de la convivencia pacífica, no sólo porque así lo establece expresamente el artículo 2° de la Carta, sino además porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades. La Constitución busca entonces el fortalecimiento de las instituciones, para que éstas puedan cumplir efectivamente su misión constitucional de asegurar la convivencia pacífica perturbada por grupos armados que actúan al margen de la ley y atentan contra la vida, la libertad y los demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (CP art. 2º). Por ello esta Corte señaló que el Estado tiene el deber de "mantener la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico-político estable, para constituir la protección a la vida como una de las obligaciones del gobernante sin las cuales no es posible la continuidad de la comunidad", puesto que el derecho "sólo puede asegurar al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia a condición de reprimir, incluso con la fuerza, aquellas actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad".[1] En tales condiciones, es claro que en cumplimiento de su función primigenia de proteger a la población (CP art. 2º), la Fuerza Pública debe desplegar sus actividades con la firmeza y la contundencia adecuadas para someter a quienes subvierten el orden constitucional y desafían el principio democrático, según el cual se confía al Estado el monopolio del uso legítimo de las armas. Y en este campo, el Presidente tiene una responsabilidad esencial, pues no sólo le corresponde conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado, sino que además, como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas que es, dirige la fuerza pública y conduce las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente (CP art. 189 ords. 3°, 4°, 5° y 6º)

6. Conforme a lo anterior, la Constitución permite que el Congreso adopte un sistema de defensa y seguridad, y que en desarrollo del mismo distintas autoridades, y en particular el Presidente de la República, tracen políticas y planes específicos. Un cuerpo legal de

---

1 Sentencia C-038 de 1995, fundamento 5.

esa naturaleza encuentra sustento no sólo en el deber constitucional de las autoridades de proteger el orden público y asegurar la convivencia pacífica (CP art. 2º) sino también en el principio democrático (CP arts. 1º y 3º), en virtud del cual, corresponde a las mayorías representadas en el Congreso adoptar las políticas de seguridad y defensa que juzguen más adecuadas. Sin embargo, no cualquier ley de seguridad y defensa es legítima, pues ella debe respetar integralmente la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho humanitario (CP arts. 93 y 214). En efecto, no sólo la ley está sujeta a la Constitución, que es norma de normas (CP art. 4º), sino que además la Carta instituye un Estado social y democrático de derecho, fundado en ciertos principios y diseños institucionales que no pueden ser desconocidos por las autoridades (CP Títulos I, II y V). Entra pues la Corte a precisar esos límites constitucionales a los cuales debe sujetarse cualquier estrategia de seguridad y defensa.

Para ese examen, y exclusivamente para dar mayor claridad expositiva a la sentencia, la Corte tendrá en cuenta la distinción clásica que la doctrina constitucional suele establecer entre la parte dogmática y la parte orgánica de los textos constitucionales. Así, la primera contiene los principios filosóficos que orientan la organización estatal y definen las relaciones básicas entre los ciudadanos y las autoridades, mientras que la segunda regula la organización institucional y territorial del Estado. Comienza pues la Corte por indicar las limitaciones a las políticas de seguridad que provienen de las definiciones que la Carta establece sobre la naturaleza del Estado colombiano (fundamentos 7° a 23), para luego presentar aquellas restricciones constitucionales que provienen de los diseños institucionales adoptados por el Constituyente (fundamentos 24 a 33).

Fórmulas constitucionales básicas, principios constitucionales y políticas de defensa y seguridad

7. La Carta señala en sus primeros artículos que Colombia es un Estado social de derecho, que además de ser democrático, partici-

pativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 7º y 8º). Estos enunciados no son proclamas retóricas sin efectos normativos sino que establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional y delimitan las relaciones que existen entre los ciudadanos y las autoridades. Esas primeras normas condensan entonces la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, y por tanto representan los principios esenciales que irradian todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular. Por ello el intérprete de la Carta encuentra en estos principios o fórmulas constitucionales básicas unos criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional. Desde sus primeras decisiones, esta Corte ha destacado la importancia de esos primeros artículos, en los siguientes términos:

> En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.[2]

---

2 Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, consideración I-A-6.

Procede pues la Corte a examinar las implicaciones normativas que tienen esas fórmulas constitucionales básicas sobre el diseño de las estrategias de seguridad y defensa.

Un Estado al servicio de la comunidad y de la dignidad humana: proscripción constitucional de cualquier forma de Estado organicista o totalitario

8. El principio según el cual el Estado colombiano está fundado en la dignidad humana, en la prevalencia de los derechos de la persona y se encuentra al servicio de la comunidad (CP arts. 1°, 2° y 5°), tiene consecuencias normativas muy precisas, tanto a nivel general, como en particular en el diseño de las estrategias de seguridad y defensa.

Así, esa fórmula constitucional implica una proscripción de cualquier asomo totalitario. En efecto, como es sabido, los Estados totalitarios –como el nazismo y el fascismo– que se desarrollaron en Europa entre las dos guerras mundiales, tenían algunos rasgos distintivos: eran no sólo regímenes de terror sino naciones en donde no existían límites entre el Estado y la sociedad, de suerte que la sociedad era absorbida por el Estado.[3] Además, en ese tipo de sociedades las personas estaban al servicio del Estado, que era considerado un fin en sí mismo. En radical oposición a ese tipo de filosofías políticas, la Carta de 1991, que es esencialmente personalista y no estatalista, hace de la dignidad y los derechos de la persona la base

---

3 Así, en su discurso en la Scala, afirmó Mussolini: "Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado". Citado por Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado,* Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 475. Y en otro de sus textos, afirmaba este líder fascista: "para el fascista todo está en el Estado, y nada de humano o espiritual existe –y menos tiene valor– fuera del Estado. En tal sentido, el Fascismo es Totalitario y el Estado fascista, síntesis y unidad de todos los valores, interpreta y robustece toda la vida del pueblo". Benito Mussolini, *La doctrina del fascismo*, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1971, p. 29.

del Estado, y por ello, en vez de poner al individuo al servicio del Estado, pone a las autoridades al servicio de la comunidad y de las personas (CP arts. 1°, 2° y 5°). "El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana", ha reiterado esta Corte desde sus primeras decisiones.[4] Y por consiguiente, es claro que están proscritas de nuestro ordenamiento constitucional las políticas que permitan una absorción de la sociedad por el Estado, o la instrumentación de las personas en beneficio del simple engrandecimiento y glorificación del Estado.

9. Estos rasgos definitorios del Estado colombiano, tienen implicaciones evidentes sobre las políticas de seguridad y defensa. Si el Estado se fundamenta en la dignidad y derechos de la persona, entonces la preservación del orden público no es una finalidad en sí misma sino que constituye, como esta Corte lo ha dicho, "un valor subordinado al respeto a la dignidad humana", por lo que, "la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático".[5] Y de otro lado, si el Estado está al servicio de la comunidad y de las personas, entonces corresponde obviamente a las autoridades del Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas, y no a las personas proteger y ser garantes de la seguridad del Estado.

10. Algunos podrían objetar que las anteriores conclusiones no son válidas, pues la Carta no sólo señala que el interés general prevalece sobre el particular (CP art. 1°) sino que además establece deberes a los particulares, cuyo cumplimiento corresponde asegurar a las autoridades (CP arts. 2°, 6° y 95). Y entre esas obligaciones existen algunas referidas específicamente al orden público, como el deber de apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales (CP

---

4 Sentencia T-002 de 1992, fundamento 2.1. En el mismo sentido ver, entre muchas otras, las sentencias C-058 de 1994, fundamento 3.2., y T-125 de 1994, fundamento 2.

5 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, fundamento 4.2.

art. 95), o la obligación de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (CP art. 216). Por consiguiente, conforme a este reparo, podría argumentarse que la ley, con el fin de garantizar la seguridad y la defensa nacional, puede imponer amplios deberes de colaboración a los particulares para la preservación del orden público, incluso limitando sus derechos fundamentales, pues el interés general de mantener la estabilidad institucional primaría sobre el derecho constitucional particular de cada ciudadano individual.

A pesar de su aparente fuerza, la Corte considera que el anterior reparo no es de recibo, pues se basa en una comprensión equivocada de la relación normativa que existe entre la prevalencia del interés general, los derechos constitucionales y los deberes constitucionales, como se verá a continuación.

Derechos constitucionales, interés general y deberes constitucionales

11. De manera reiterada esta Corporación ha señalado que el principio de prevalencia del interés general no implica que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el cuestionable argumento de que el derecho individual es particular, por cuanto esa interpretación implica la anulación del mandato del artículo 5º de la Carta, según el cual los derechos inalienables de la persona son prevalentes.[6] En efecto, si el respeto de un derecho inalienable de la persona depende de que éste sea compatible con el bienestar colectivo de las mayorías, entonces en cualquier momento las autoridades podrían invocar ese bienestar colectivo para limitar, restringir o incluso anular ese derecho constitucional,

---

[6] Ver, entre otras, las sentencias C-606 de 1992, C-221 de 1994, C-350 de 1994, T-669 de 1996 y C-309 de 1997.

con lo cual la Carta de derechos quedaría privada de cualquier eficacia jurídica.

El dilema es entonces claro: o los derechos de la persona son verdaderamente derechos, y entonces deben tener la virtualidad de limitar y condicionar las estrategias destinadas a lograr propósitos de interés general; o por el contrario, por la prevalencia del interés general, los derechos de la persona sólo deben ser respetados en la medida en que sean compatibles con la realización de esos objetivos de interés general, con lo cual, en el fondo, dejan de ser derechos constitucionales con verdadera eficacia jurídica.

Ahora bien, la Carta no sólo reconoce la dignidad humana y la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP arts. 1º y 5º) sino que consagra una extensa carta de derechos constitucionales, que si bien no son absolutos, son en principio inviolables. Sería pues absurdo pensar que el Constituyente consagró esos derechos fundamentales con la intención de que no tuvieran ninguna eficacia jurídica propia, por lo que hay que concluir que la solución al anterior dilema es la primera alternativa: los derechos de la persona representan límites que deben ser respetados por el Estado cuando busca alcanzar objetivos de interés general, como la paz, la seguridad y la defensa nacional.

Conforme a lo anterior, esta Corte ha insistido en que la única forma como los derechos constitucionales pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos, como lo señala la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, "son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo", y por ende no pueden "ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo".[7] Igualmente esta Corte ha resaltado que no puede condicionarse la validez de un derecho constitucional a los criterios

---

7 Sentencia C-309 de 1997, fundamento 6.

de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría "quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas".[8]

12. El principio de prevalencia del interés general permite entonces preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional. Y es que debe entenderse que el respeto de esos derechos constitucionales es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo ha señalado, cuando dijo al respecto:

> Por esta razón, no basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho, en la excepción.
>
> En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.[9]

13. El análisis precedente no significa que la Corte deba desestimar el interés general si éste entra en conflicto con un derecho funda-

---

8 Corte Constitucional, sentencia C-350/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 Corte Constitucional, sentencia C-606/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

mental, o que esta Corporación esté ignorando que la propia Carta señala deberes a las personas (CP art. 95), pues la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es más: es posible que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando ésta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado. La restricción puede ser mayor a las limitaciones ordinarias que derivan de las leyes de policía o de orden penal, siempre y cuando cada incremento en el grado de limitación del derecho sea estrictamente proporcionado para alcanzar un fin específico de carácter imperioso. Es pues claro que la simple invocación del interés general, o de la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y el orden público, no representa un argumento que justifique, por sí solo, la limitación o restricción de un derecho constitucional, pues no tendría sentido que los derechos constitucionales sean sacrificados supuestamente para asegurar la realización de las condiciones que permiten gozar de ellos.

14. La anterior doctrina, lejos de ser una novedad conceptual de esta sentencia, lo único que hace es sistematizar la jurisprudencia de esta Corte sobre la relación entre convivencia pacífica, orden público y derechos constitucionales, que a su vez se basa en la idea misma de derechos humanos, tal y como ha sido desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93), los Estados tienen el deber no sólo de respetar sino también de garantizar los derechos humanos a todos los habitantes de sus territorios.[10] Es obvio que en desarrollo del deber de garantía, el Estado tiene la obligación de ase-

[10] Ver los artículos 1° de la Convención Interamericana y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

gurar unas condiciones básicas de orden público y de convivencia pacífica, pues sin ellas, mal podrían las personas gozar verdaderamente de sus derechos. Es más, ese deber estatal es tan importante que los propios instrumentos internacionales autorizan que, en situaciones de especial gravedad, las autoridades puedan decretar un estado de excepción y limitar la vigencia de ciertos derechos humanos.[11] Sin embargo, la obligación estatal de asegurar la paz y el orden no permite a las autoridades olvidar su deber de respetar y no vulnerar los derechos humanos, y por ello todas las políticas de seguridad están enmarcadas por el estricto respeto a los límites impuestos por los derechos humanos. Así lo señalan con claridad esos tratados que Colombia ha ratificado y que constituyen una pauta vinculante para interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93). En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sólo establece que ninguna de sus cláusulas "podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él" (art. 5°) sino que además, al regular los estados de excepción, señala limitaciones estrictas a los Estados para conseguir el restablecimiento de la convivencia pacífica: no sólo ciertos derechos no pueden ser suspendidos sino que además las medidas deben ser estrictamente proporcionadas a la gravedad de la situación (art. 4°). Con idénticos criterios, la Convención Interamericana establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de "permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella" (art. 29). Igualmente esa Convención también regula de manera rigurosa las facultades de los Estados en las situaciones de emergencia, pues no sólo

---

11 Ver los artículos 27 de la Convención Interamericana y 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

prohíbe la suspensión de ciertos derechos sino que, además, prevé que las medidas de excepción deben ser estrictamente proporcionadas a la gravedad de la crisis (art. 27).

15. Por su parte, la Corte Interamericana, que es el intérprete autorizado de la Convención Interamericana y cuya jurisprudencia es entonces relevante para determinar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93), tal y como esta Corte Constitucional lo ha precisado en numerosas oportunidades,[12] ha señalado de manera reiterada que los derechos humanos son "esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal".[13] Posteriormente, y refiriéndose específicamente al deber del Estado de preservar el orden público, la Corte Interamericana, con criterios que esta Corte Constitucional comparte plenamente, insistió en que las estrategias de seguridad y defensa deben respetar estrictamente los límites impuestos por los derechos humanos. Dijo al respecto la Corte Interamericana:

> Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la

---

[12] Ver, entre otras, las sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001.

[13] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6, párr. 21, criterio reiterado en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 165. Igualmente en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 174.

moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.[14]

Igualmente, la Corte Interamericana también ha señalado que las referencias genéricas al orden público y al bien común no justifican en sí mismas la limitación de un derecho. Sobre el particular explica:

> No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.[15]

16. Directamente ligado a lo anterior, es obvio que la imposición de deberes a los particulares por el ordenamiento jurídico debe ser compatible con el respeto de los derechos constitucionales. Así, es

---

[14] Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 165. Criterio reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 174, y en el caso Neira Alegra y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C, No. 20, párr. 75.

[15] Corte Interamericana, La colegiatura obligatoria de los periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrs. 66-67. Criterio reiterado en Opinión Consultiva O-C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6, párr. 31.

cierto que las personas no sólo tienen una obligación general de respetar el ordenamiento (CP art. 6º) sino que también tienen deberes constitucionales específicos en distintos campos (CP arts. 49 y 95).[16] Además, en desarrollo de sus competencias, la ley puede establecer deberes a los particulares que faciliten las tareas de las autoridades de preservar el orden público y la convivencia democrática. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Estado colombiano se encuentra al servicio de la comunidad y reposa en la dignidad humana y en la prevalencia de los derechos de la persona (CP arts. 1º, 2º y 5º), la ley no puede imponer cualquier tipo de deberes a los particulares. Estas obligaciones deben ser compatibles con el respeto de la dignidad humana y con la naturaleza misma del Estado colombiano. Por ello esta Corte ha dicho de manera reiterada que un *"un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad"*.[17] E igualmente la sentencia SU-200 de 1997, consideración 2, al analizar los alcances de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, señaló que así como la legitimidad de la limitación de los derechos está condicionada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, también "los deberes, las obligaciones y las cargas que impone la vida en sociedad deben cumplirse en términos razonables y proporcionales a los propósitos que les sirven de fundamento." Por ello concluyó esa sentencia que "los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales".

---

16 Sobre los deberes constitucionales en general, ver, entre otras, las sentencias T- 125 de 1994, SU-200 de 1997 y SU 747 de 1998. Sobre los deberes específicos en relación con el orden público y la administración de justicia, ver, entre otras, las sentencias C-035 de 1993, C-058 de 1994, C-179 de 1994, C-406 de 1994, C-511 de 1994 y C-037 de 1996, y para el deber de colaboración con la justicia, las sentencias SU-200 de 1997 y SU 747 de 1998.

17 Sentencia C-511 de 1994. En el mismo sentido, ver sentencias SU-200 de 1997 y C-776 de 2001.

17. La posibilidad de imponer deberes en materia de orden público y defensa se encuentra además delimitada por la propia Carta, que atribuye ese papel fundamentalmente a la Fuerza Pública. Así, a las Fuerzas Militares corresponde la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, mientras que la Policía debe mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (CP arts. 217 y 218). Esto significa que es la Fuerza Pública la garante de la convivencia ciudadana,[18] y no puede trasladarse a los propios ciudadanos esa función, sin desnaturalizar la estructura constitucional del Estado colombiano, como se explicará posteriormente (ver infra fundamentos 24 a 26).[*]

18. Algunos ejemplos de casos anteriores resueltos por esta Corte muestran que la consecución de objetivos en materia de seguridad o de orden público no son suficientes para legitimar constitucionalmente la restricción o limitación de un derecho constitucional, o para autorizar la consagración de determinados deberes a los particulares, si esas medidas resultan desproporcionadas, y el objetivo no es específico e imperioso.

En determinados casos, la Corte ha concluido que el deber mismo impuesto por la ley es inaceptable, a pesar de perseguir propósitos constitucionales valiosos. Así, la Ley 40 de 1993, con el fin de combatir el secuestro, prohibió a los familiares de los secuestrados el pago del rescate. La sentencia C-542 de 1993 encontró que esa prohibición vulneraba la Carta. La Corte consideró que la lucha contra el secuestro encontraba pleno sustento en la Constitución, por tratarse de un delito atroz, cuya práctica vulnera numerosos derechos fundamentales de sus víctimas. Sin embargo, la sentencia concluyó que el instrumento utilizado para alcanzar ese objetivo (la prohibición del pago del rescate) desconocía la dignidad humana y los derechos fundamentales, pues no era lícito exigir de un ser humano el

---

18 Ver sentencia SU-1184 de 2001, fundamento 17.

* Estos párrafos se encuentran en la sentencia completa.

sacrificio de la vida y de la libertad, propias o ajenas, aduciendo la primacía del interés general sobre el individual. Dijo entonces esta Corporación:

> Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente.
>
> No sucede igual en tratándose de derechos inferiores, como el de la propiedad. De ahí que el artículo 58 de la Constitución, siguiendo el mismo principio del 30 de la anterior, aprobado en la reforma de 1936, y del artículo 31 aprobado en 1886, consagre la primacía de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, sobre los derechos de los particulares. Pero, ¿sobre cuáles derechos? Sobre los de contenido económico: jamás sobre los derechos a la vida y a la libertad.
>
> (....)
>
> Si la protección de la persona en sus derechos fundamentales, entre ellos la vida y la libertad, es la razón de ser de las autoridades, que son la manifestación viva del Estado, no cabe duda de que la organización social es un medio al servicio de la persona, como se ha dicho. Y de que la protección del individuo es el primer deber social del Estado.
>
> Esta protección de las personas se hace más exigente cuando éstas padecen la amenaza o la acción de los delincuentes. En esta circunstancia, todos los recursos del Estado tienen que ponerse al servicio de su misión fundamental." (Resalta la Corte).

Igualmente, en reciente oportunidad, esta Corte tuvo que analizar la constitucionalidad de la obligación que el artículo 368 del estatuto procesal penal establecía para que el sindicado brindara, al funcionario competente, bajo la gravedad de juramento, "la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos". La sentencia C-776 de 2001 declaró la inexequibilidad de ese mandato, pues consideró que desconocía el derecho de toda persona a no

declarar contra sí misma y contra sus familiares (CP art. 33). La Corte señaló que si bien las personas tenían el deber de colaborar con la administración de justicia (CP art. 95 ord 7º), esa obligación constitucional no debía ser interpretada en forma aislada sino en armonía con el respeto de la dignidad humana y de las garantías procesales, y en especial, en este caso, del derecho a la no autoincriminación.

En otros eventos, la Corte ha concluido que la imposición de un deber para proteger el orden público tenía claro sustento constitucional, pero su ejercicio tenía límites en otros derechos constitucionales y en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, desde sus primeras decisiones, esta Corte consideró que las personas tienen la obligación de prestar el servicio militar y que la disciplina castrense impone la obediencia a las órdenes del superior. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que los derechos fundamentales y la dignidad humana implican una relativización del deber militar de obediencia, consagrado por el inciso segundo del artículo 91 de la Carta. La necesidad de conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales obliga entonces a distinguir entre la obediencia militar "que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior".[19]

Dijo entonces esta Corte:

> Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

---

19 Corte Constitucional, sentencia T-409/92 del 8 de junio de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Criterios reiterados en las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995.

No podría interpretarse de otra manera el concepto de orden justo, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".

Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (*Diario Oficial* No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infracciones graves, contra las cuales los Estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (artículo 50).

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

Los anteriores conceptos no deben entenderse como la posibilidad constitucional de que toda orden militar pueda ser discutida por quienes la reciben, ya que eso representaría una ruptura del concepto de autoridad, cuyo fundamento reside en la normatividad en que se apoya este fallo para sostener la obligatoriedad del servicio y la indispensable disciplina que exigen los altos fines señalados por la Constitución a las Fuerzas Armadas.[20] [...]

---

20 Ibídem.

Conflicto armado, derecho internacional humanitario y principio de distinción

21. La Corte destaca que las exigencias normativas precedentes, derivadas de las fórmulas constitucionales básicas que definen al Estado colombiano, siguen operando, *mutatis mutandi*, en situaciones de conflicto armado, como las que desafortunadamente conoce el país desde hace varios años. En efecto, no sólo los límites constitucionales ya explicados son también aplicables en esas situaciones sino que, además, la Carta establece expresamente que, en "todo caso", deben ser respetadas las reglas del derecho internacional humanitario (CP art. 214). Ahora bien, las normas humanitarias prevén límites mínimos para la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Esto significa que los principios básicos del derecho internacional humanitario, explicados en detalle por esta Corte en anteriores decisiones,[21] establecen nuevos límites para las políticas de seguridad y defensa.

Ahora bien, los dos principios más importantes del derecho humanitario son el principio de proporcionalidad y el de distinción. Conforme al primero, ampliamente desarrollado en el Protocolo I sobre guerras internacionales, pero aplicable también en los conflictos internos en Colombia, como lo señaló esta Corporación,[22] las partes enfrentadas no pueden elegir cualquier medio de guerra, ya que deben evitar los males superfluos o innecesarios, por lo que se encuentran prohibidos los ataques indiscriminados o la utilización de ciertas armas.[23] El principio de distinción, a su vez, ordena a las partes en conflicto diferenciar entre combatientes y no combatien-

---

[21] Ver, en particular, las sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, que revisaron la constitucionalidad de los Protocolos I y II a los Convenios de Ginebra de 1949.

[22] Ver sentencia C-225 de 1995, fundamentos 22 y 23.

[23] Ver sentencia C-328 de 2000, relativa a la prohibición de utilización de armas químicas.

tes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica.

Conforme a lo anterior, si el derecho internacional humanitario rige en Colombia, es obvio que las estrategias de seguridad y defensa deben respetar los mandatos del derecho humanitario, como los principios de proporcionalidad y de distinción, entre otros. Y estos mandatos tienen consecuencias concretas. Por ejemplo, al precisar los alcances del principio de distinción, esta Corte señaló que la "protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte".[24] Las estrategias de seguridad y defensa pueden contemplar un papel para los particulares. Así, y sin que esta enumeración sea taxativa, pueden comprender mecanismos de cooperación con la administración de justicia y con la fuerza pública, pero sin colocar a los civiles en la disyuntiva de ser aliados o enemigos; dichas estrategias pueden igualmente establecer programas de sensibilización y alerta frente al terrorismo, pero sin transformar a los particulares en espías al servicio del Estado, o en sucedáneos de la fuerza pública. Esto significa entonces que las mencionadas estrategias de seguridad y defensa no pueden imponer deberes tales a la población civil, que terminen involucrándola en el conflicto armado, ya que no sólo se estaría afectando el principio de distinción derivado del derecho internacional humanitario, sino que además se estaría desconociendo el mandato constitucional, según el cual, las tareas de protección de la soberanía y el orden público corresponden a la Fuerza Pública, y no a los particulares, como se explica más adelante (ver infra fundamentos 24 a 26).[*]

22. Algunos podrían objetar que la anterior conclusión no es válida, por cuanto en un conflicto armado interno, como el que vive

---

[24] Sentencia C-225 de 1995, fundamento 30.

* Estos párrafos se encuentran en la sentencia completa.

Colombia, no es posible apartar a la sociedad civil del conflicto por las siguientes dos razones: de un lado, porque en la realidad la población no combatiente es tal vez la principal víctima del conflicto, lo cual significa que la sociedad civil ya está inmersa en la confrontación armada; y de otro lado, porque es deber de las personas apoyar a las autoridades (CP art. 95), por lo que la sociedad está en la obligación de involucrarse activamente en favor del Estado.

A pesar de su aparente fuerza, ese reparo no es válido por las siguientes dos razones: de un lado, la objeción según la cual la población civil no puede ser jurídicamente excluida del conflicto armado, por cuanto ya se encuentra inmersa en él en la realidad, es errónea, pues incurre en la llamada falacia naturalista, ya que extrae conclusiones normativas a partir de una situación fáctica. En efecto, este reparo confunde una situación empírica con una exigencia normativa, pues considera que el principio de distinción, que es una norma, no es válido, por cuanto a nivel empírico ese principio es negado por los actores armados, que han hecho de la población civil su principal víctima. Ahora bien, este argumento es equivocado, pues equivale a afirmar que los artículos del Código Penal que sancionan el homicidio o el robo son inválidos, y no deben ser aplicados, por cuanto en la práctica ocurren homicidios y robos. Y es que del incumplimiento de una norma no se deduce la invalidez de la misma, ya que es propio de las normas jurídicas que puedan ser violadas, y para ello está prevista precisamente la correspondiente sanción. Es más, el orden jurídico existe para proteger valores que en la práctica pueden ser desconocidos, por lo cual, poco sentido jurídico tendría una disposición que prohibiera una conducta que no puede nunca ser realizada. Por ende, del hecho de que la población civil colombiana se encuentre inmersa en el conflicto armado y se vea afectada por él, en manera alguna podemos deducir que es absurdo que el derecho humanitario ordene que las partes enfrentadas deben mantenerla por fuera de él. Todo lo contrario: precisamente porque la población civil es una de las principales víctimas en una confrontación armada es que las normas humanitarias ordenan su protección. El principio de distinción del derecho humanitario tiene entonces

sentido, no sólo a pesar de que la población civil se vea involucrada en el conflicto armado, sino justamente porque eso ocurre.[25]

De otro lado, y ya admitido que es válida la exigencia normativa de evitar que la población civil se vea involucrada en el conflicto, el problema a nivel interpretativo es el siguiente: es necesario compatibilizar los dos preceptos constitucionales, a saber, (i) el deber de los particulares de apoyar y respetar a las autoridades legítimamente constituidas (CP art. 95 ord. 2º) y (ii) el mandato según el cual en todo caso rigen las reglas del derecho humanitario, las cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 214). En tal contexto, la regla que se desprende de una adecuada ponderación de estas normas en tensión es indudablemente que, en situaciones de conflicto armado, el deber constitucional de los particulares de apoyar a las autoridades se encuentra limitado por el principio de distinción, por lo cual no puede el Estado involucrar activamente a la población civil en el conflicto armado. Y es que la interpretación opuesta, a saber, que el deber de apoyo a las autoridades permitiría involucrar a la población no combatiente en las hostilidades, resulta inadmisible pues desconoce la norma básica del derecho humanitario, que es la exclusión de la población civil del conflicto armado, a fin de asegurarle una adecuada protección. Esa interpretación vulneraría entonces el perentorio mandato del artículo 214 de la Carta, según el cual, en todo caso deben ser respetadas las reglas del derecho internacional humanitario. Esa hermenéutica es entonces inaceptable. Por ello esta Corte ha señalado que a pesar de que es claro que los particulares deben cumplir con ciertos deberes constitucionales, que implican un apoyo a las autoridades legítimamente constituidas, como ser jurados de votación, sin embargo, en desarrollo del principio de distinción, es claro que, como lo dijo la sentencia SU-747 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 16, "el

---

25 En el mismo sentido, ver aclaración de voto de Alejandro Martínez Caballero a la sentencia C-572 de 1997.

Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar". En esa oportunidad, la Corte analizó la situación de varias personas que habían sido designadas como jurados de votación y sintieron amenazados sus derechos, ante la aparición de un volante supuestamente suscrito por el Bloque Sur de las FARC, que exigía la renuncia de los jurados. La Corte concluyó que las personas debían cumplir con el deber de ser jurados, pero precisó que esa exigencia legal era constitucional ya que no vulneraba el derecho humanitario pues no implicaba "convertirlos en actores del conflicto o involucrarlos en acciones militares preparadas por el Estado". Esto significa que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de distinción representa un límite a la imposición de deberes a los particulares en materia de orden público. [...]

La inconstitucionalidad de la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares

91. De acuerdo con el artículo 59 de la ley bajo examen, el fiscal general está en la obligación de atribuir de manera transitoria precisas funciones de policía judicial a miembros de las Fuerzas Militares, cuando no sea posible que un grupo especial de la Fiscalía acompañe a estas fuerzas en el desarrollo de sus operativos. Para esta Corte la norma plantea entonces dos interrogantes: ¿el otorgamiento de funciones de policía judicial a miembros de las fuerzas militares, en los casos en que miembros de la Fiscalía no puedan acompañarlas en los operativos, rompe la dependencia funcional entre quienes desarrollan tales labores y el Fiscal? Y ¿la atribución de funciones de policía judicial a miembros de las fuerzas militares implica la investigación de personal civil por parte de las fuerzas militares?

92. Para responder, la Corte debe recordar que los asuntos que ahora se debaten fueron objeto de estudio en la sentencia C-034 de

1993, en la cual se declaró la constitucionalidad condicionada del Decreto 1810 de 1992.[26] En la sentencia citada, esta Corporación encontró que el quehacer de la policía judicial se orientaba sustancialmente a la comprobación de hechos y circunstancias relevantes para el juzgamiento y por tanto no era admisible que las unidades de policía judicial se conformaran por personal militar. Ello en razón a la protección de la libertad individual que un Estado democrático le confía a la autoridad judicial. Consideró la Corte que esta última incumple su misión si la investigación del delito se abandona en funcionarios diferentes a los que integran la policía judicial.

En ese sentido dijo la Corte "de los dos cuerpos que conforman la fuerza pública, únicamente la Policía Nacional cumple funciones de policía judicial, lo que se explica en razón de su fin primordial orientado a velar por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas". Por el contrario, de acuerdo con sus objetivos constitucionales, las Fuerzas Militares carecen de competencia en materia de policía judicial, pues ello desnaturalizaría su fisonomía. Concluyó entonces la Corte que adscribir a las Fuerzas Militares una dualidad de funciones (la militar y la de policía judicial) e imponer una correlativa dualidad de jerarquías (el superior en el rango y la Fiscalía General de la Nación), desvertebraría su estructura, quebrantaría la necesaria unidad de mando y no aseguraría que "en caso de conflicto entre las dos funciones –no descartable dentro del clima de confrontación armada

[26] El Decreto 1810 de 1992, en su artículo 1° estableció: "Bajo la dirección, coordinación y dependencia del Fiscal General de la Nación, en las Fuerzas Militares se conformarán unidades que ejercerán funciones de policía judicial, en desarrollo de lo previsto por el numeral 4° del artículo 251 de la Constitución Política, en relación con hechos punibles de competencia de los jueces regionales, en los eventos en que no sea posible disponer de autoridades de policía judicial en el lugar de los hechos." La exequibilidad de aquella disposición fue condicionada en su interpretación, en el sentido de que las Unidades de Policía Judicial que colaboran en los casos de competencia de los fiscales y jueces regionales deben estar integradas por personal no militar.

que se vive en varios lugares del territorio nacional y que ha obligado a las fuerzas militares a robustecer su presencia y multiplicar sus operativos– prime la de policía judicial".

93. Tales consideraciones fueron hechas a pesar de que el texto de la norma era ambiguo, y del mismo podía inferirse que serían miembros de las fuerzas militares a quienes se les atribuirían tales funciones, o que quienes conformarían los respectivos cuerpos de policía judicial serían personas que, aun cuando pertenecieran a las fuerzas militares, no serían miembros de las mismas.[27] Por el contrario, en el presente caso, del texto de la norma no se deriva ninguna duda. El texto es el siguiente:

> (...)Cuando por motivos fundados un grupo especial de la Fiscalía General de la Nación no pueda acompañar permanentemente las operaciones de las Fuerzas Militares, el Fiscal General de la Nación deberá atribuir, de manera transitoria, precisas facultades de policía judicial a miembros de las Fuerzas Militares.

---

[27] En relación con el Decreto 1810, la Corte dijo: "4. El legislador ordinario y, en su caso, el Presidente en ejercicio de las facuñtades derivadas de los estados de conmoción interior, pueden disponer la creación de unidades de policía judicial. En estricto rigor, el decreto examinado a ello se contrae. Sin embargo, si las unidades aludidas se conforman con personal militar, la norma resultará inexequible. Si, en cambio, dichas unidades se integran con personal no militar, que es una posibilidad que puede objetivamente deducirse de la norma, la misma es exequible." Sentencia C-034/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Por su parte, al referirse al parágrafo 1° del artículo 18 del Decreto 2790 de 1990, la Corte, para modular el efecto de la declaratoria de constitucionalidad, afirmó: "De otra parte la disposición acusada que consiste en señalar que en materia de justicia penal militar y en casos de orden público, dichas funciones de Policía Judicial son ejercidas en forma permanente por aquellas unidades, mientras que en los demás eventos estas funciones sólo pueden ser ejercidas de manera transitoria o por comisión de los fiscales o jueces regionales y del Tribunal Nacional, bajo la dirección y coordinación del fiscal general y sus fiscales delegados según lo dispuesto en el artículo 250, numeral 3° de la Carta y 309 del CPP".

> A tal efecto, las Fuerzas Militares designarán un grupo de su personal para que, debidamente capacitado y en forma exclusiva, atienda la facultad transitoria de que trata el párrafo anterior.
>
> Parágrafo transitorio. El Fiscal General de la Nación y el Comandante General de las Fuerzas Militares adoptarán las medidas administrativas pertinentes para cumplir lo previsto en este artículo a los treinta (30) días siguientes de la entrada en vigencia de la presente ley.

De acuerdo con ello, es clara la facultad de las Fuerzas Militares para desempeñar funciones de policía judicial. Por tanto resultan pertinentes los argumentos de la sentencia precitada. Oportunidad en la cual la Corte consideró que los organismos que desempeñan funciones de policía judicial, colaboran en una tarea cuya naturaleza es eminentemente judicial: averiguar, indagar y esclarecer los hechos que constituyen presupuesto indispensable de las sentencias y providencias que profieren los jueces penales, de allí su dependencia de la Fiscalía, como ente acusador.

94. De lo anterior se sigue que frente al primer problema que plantea la norma la Corte debe responder afirmativamente: el otorgamiento de funciones de policía judicial a miembros de las Fuerzas Militares rompe la dependencia funcional entre quienes realizan estas labores y el fiscal. Incluso la integración de las unidades de policía judicial con militares equivale a una intromisión de la administración en la función jurisdiccional. El resultado de ello sería confiar a un aparato institucional cuya razón se orienta a un uso táctico de la fuerza, a que enderece esa misma razón a la libre interpretación de los hechos y de las normas con un sentido de justicia. Lo anterior genera una disfuncionalidad inconstitucional ya que las fuerzas militares exhiben un carácter estrictamente jerarquizado y adoptan una disciplina rígida frente a las órdenes superiores. Por tanto su régimen propio y el contexto histórico en el que actúan, no se concilian con la independencia e imparcialidad inherentes a la policía judicial, atributos característicos de la función jurisdiccional a la cual sirve.

Para destacar la importancia de tales rasgos, vale la pena recordar algunas de las funciones de investigación que le corresponden a la policía judicial: actuar como comisionados para la práctica de pruebas (art. 84), adoptar las medidas especiales de aseguramiento de pruebas (art. 243), "allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punibl*e*" (art. 314). Además, "[e]n los casos de flagrancia y en el lugar de su ocurrencia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada no pueda el Fiscal General de la Nación o sus delegados iniciar la investigación previa, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial podrán ordenar y practicar pruebas" (art. 315), y practicar "pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos ...", y "extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión" (art. 316), conocer "a prevención de la investigación previa (...) aisla[r] y prote[ger] el sitio y [a] los testigos, así como para las demás medidas que sean conducentes" (art. 317). Por otra parte, "[c]uando exista mérito para vincular a una persona o antes si lo requiere el funcionario judicial, quien cumpla la función de policía judicial hará entrega de las diligencias" (art. 320).

Así mismo, respecto de la calificación de la naturaleza investigativa de la función que cumplen, el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal dice que el "Fiscal General de la Nación, bajo su responsabilidad, separará en forma inmediata de las funciones de policía judicial al servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de sus funciones para el desarrollo investigativo específico que se le haya dado", y además, ante ellos "[l]os sujetos procesales tendrán las mismas facultades y derechos que les otorga la ley ante los funcionarios judiciales" (art. 318). En tal medida, pueden ser objeto de impedimento o recusación como cualquier funcionario judicial (art. 109). Por tanto, el artículo bajo examen rompe la dependencia funcional de quienes cumplan funciones de policía judicial frente a la Fiscalía, lo que vicia la disposición.

95. Entra ahora la Corte a referirse al segundo interrogante planteado por la norma, esto es, si la misma desconoce la proscripción constitucional (art. 213) que recae sobre los militares para investigar y juzgar civiles. De conformidad con lo dicho anteriormente la labor de la policía judicial tiene un clara connotación investigativa, por lo tanto la norma al facultar a los militares para desarrollar esta actividad apareja una evidente contradicción con la Constitución. Y precisamente por ello, el artículo 37 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, al regular el alcance de las unidades especiales creadas para que el Fiscal General de la Nación ejerza la facultad a que se refiere el numeral 4o. del artículo 251 de la Constitución, señaló perentoriamente que éstas "no podrán estar integradas por militares." La sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, declaró la constitucionalidad de ese mandato, pues concluyó que era una prohibición que derivaba directamente de la Carta ya que, dijo la sentencia, "la asignación de funciones de policía judicial a los militares, está prohibida por nuestro Ordenamiento Supremo".

Conforme a lo anterior, es entonces claro que en ningún caso puede la ley conferir facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares, en desarrollo del artículo 250, ord. 3 de la Carta, ni puede tampoco el fiscal general, invocando la posibilidad prevista en el artículo 251, ord. 4 superior, otorgar transitoriamente esas atribuciones a los militares, pues la prohibición constitucional es terminante: en ningún caso, ni siquiera durante los estados de excepción, pueden los militares investigar a los civiles (CP art. 213).

96. Cabe agregar que además de la expresa prohibición constitucional ya referida, el artículo 59 de la Ley 684 de 2001 es inconstitucional por cuanto viola el debido proceso (art. 29 CP), que debe ser interpretado de acuerdo con los pactos internacionales de los cuales el Estado colombiano es parte (art. 29 CP). Tales instrumentos enfatizan la importancia del respeto a las garantías procesales, en especial en lo tocante a la imparcialidad e independencia del investigador y juzgador. Por lo anterior, es claro que los compromisos internacionales del Estado colombiano proscriben también lo estatuido por la disposición bajo examen. Sobre el punto resultan

ilustrativos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que han considerado que es imperativo que los Estados miembros del Sistema (entre ellos Colombia) terminen con prácticas que atenten contra el debido proceso, en especial aquellas que violan el derecho de que deben gozar las personas, en todas las etapas del proceso penal, para ser investigadas y juzgadas por funcionarios independendientes e imparciales. Tales características no son aplicables a miembros de la Fuerza Pública que participen en el conflicto interno que viva un país, pues los rasgos judiciales de la función investigativa requieren de personas independientes que lleven a cabo esta labor.[28]

97. En diferentes ocasiones los organismos internacionales han recomendado a los Estados que delimiten el papel de las Fuerzas Armadas y de los cuerpos de seguridad. Consideran que en todo Estado democrático las fuerzas de seguridad cumplen un papel crucial en la protección de los ciudadanos, sus bienes y sus derechos. Esta función tiene matices múltiples, que cuentan con características propias. El orden público democrático requiere que los ciudadanos depositen su confianza en el profesionalismo y, sobre todo, en la ética de la autoridad policial. La tarea que debe cumplir la institución policial en el contexto de la sociedad es delicada, y requiere de instrucción y entrenamiento especiales. En consecuencia, la policía no debe ser suplida en su tarea por las Fuerzas Militares. La Comisión Interamericana recomienda enfáticamente que las Fuerzas Militares no sean empleadas en la tarea de hacer cumplir la ley "particularmente en tareas tales como la investigación de crímenes comunes y la ejecución de arrestos" ya que "por su especialidad, complejidad y su

---

[28] Comisión Interamericana, *Por un país con derechos. Propuestas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. En este documento la Comisión manifestó su preocupación por el juzgamiento de civiles por parte de militares y por las excesivas atribuciones dadas a la policía judicial en la lucha contra el terrorismo.

contacto con la sociedad, debe ser responsabilidad de un cuerpo policial debidamente instruido y especialmente respetuoso del Derecho."[29]

En el mismo sentido y específicamente sobre la situación de derechos humanos en Colombia, el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por el hecho de que los militares ejerzan las funciones de investigación, arresto, detención e interrogatorio de civiles.[30]

Por otro lado, la garantía de imparcialidad ha sido estudiada en varias ocasiones[31] por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que cuando "las fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos (…)" se ve minada de manera considerable la imparcialidad que debe tener el juzgador. Esto se erige, según este Tribunal, como una violación del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de las garantías judiciales que éste consagra, pues el atributo de imparcialidad exige que el proceso no sea afectado por personas que tengan algún interés o relación personal con el asunto. Sólo así puede protegerse a los ciudadanos de injerencias inadecuadas y opiniones anticipadas de parte de los funcionarios. Es obvio entonces que los militares no gozan de la imparcialidad exigida por la Carta y los pactos de derechos humanos cuando investigan penalmente a sus enemigos en un conflicto armado.

---

29 Al respecto ver OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6, 17 febrero 1998. Original español, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997.

30 Ver Distr. General CCPR/C/79/Add.76, 5 de mayo de 1997, español. Original inglés, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add.76 (Concluding Observations/Comments Convention Abbreviation: CCPR Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto).

31 Ver caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130. Similar criterio fue reiterado en el caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 114.

98. En esa medida, la atribución contenida en este artículo permite que los civiles sean investigados por militares en contra de la Constitución y de tratados ratificados por el Estado colombiano. En virtud de lo anterior es patente la violación de los artículos 213 y 251 de la Constitución, pues es clara la naturaleza investigativa de las funciones que cumple la policía judicial en el actual ordenamiento penal. Ese precepto desconoce además la terminante prohibición prevista por el artículo 37 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, que establece que las unidades de policía judicial no pueden estar integradas por militares. Igualmente esta disposición viola el derecho al debido proceso (CP art. 29), interpretado a la luz de los artículos 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pues desconoce el derecho de toda persona a ser investigada por funcionarios imparciales. Por tanto resulta evidente la inconstitucionalidad del artículo 59 de la Ley 684 de 2001.

La falta de entrega física en los casos de captura en flagrancia

99. Los demandantes y algunos intervinientes consideran que el artículo 58 de la Ley 684 de 2001 es contrario a la Carta pues autoriza retenciones físicas más allá de las treinta y seis horas dispuestas por la Constitución. Aducen que con la expresión "[l]a persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes", contenida en el artículo 28 de la Constitución no sólo se pretende garantizar la legalidad de la aprehensión. Dicha orden tiene como objetivo adicional permitirle a tal autoridad constatar el estado físico en que se encuentra la persona detenida o capturada, es decir, garantiza no sólo el debido proceso y la libertad personal, sino, además, la integridad física de la persona detenida.

A fin de analizar este cargo, resulta pertinente establecer qué regulación dispuso el legislador en la norma acusada. El último inciso del artículo 58 indica que una vez capturada la persona se debe in-

formar a la autoridad judicial y que la entrega física de la persona se realizará en el término de la distancia, "debidamente justificada". La ley entiende que "a partir del momento de la comunicación, el capturado queda a disposición de la autoridad judicial".

De lo anterior se desprende que dos son los problemas que la Corte debe enfrentar. De una parte, si puede admitirse que la comunicación sobre la captura supone que la persona queda "a disposición de la autoridad judicial" y, por otra, si resulta contrario a la Constitución que se autorice la entrega física de la persona dentro del término de la distancia.

Entrega física de la persona: alcance del derecho

100. El artículo 28 de la Constitución dispone que "la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley". La Constitución establece que debe colocarse a disposición de la autoridad judicial, lo que permitiría pensar que con la comunicación resulta satisfecho el requisito constitucional.

101. Esta interpretación parte del supuesto de que la norma constitucional únicamente busca que la autoridad judicial tenga conocimiento de la captura, para efectos de dar lugar a los trámites pertinentes. Esta interpretación no consulta el objetivo de la norma.

El artículo 93 de la Carta dispone que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. De acuerdo con tales tratados, la colocación de la persona a disposición de la autoridad judicial, ha de ser física. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[32] ratificado mediante Ley 74 de 1968,

---

[32] AG. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/ 6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, *entrada en vigor* 23 de marzo de 1976.

y el Pacto de San José, disponen que es obligación de los Estados llevar sin demora a la persona aprehendida o detenida ante una autoridad judicial. En el Pacto Internacional la norma (art. 9)[33] se refiere a las personas detenidas por infracciones penales, lo cual ha de interpretarse en armonía con el Pacto de San José que claramente se refiere a cualquier forma de detención (art. 7).[34]

102. La entrega del capturado a una autoridad judicial cumple varios propósitos, que no se limitan al ejercicio de funciones judiciales. La regulación de la materia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra en la norma dedicada a la libertad y seguridad personal, y en el caso del Pacto de San José, el mandato inicia con una exigencia de protección y respeto a la libertad y seguridad personales. De ello se desprende que la regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

> 35. El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

33 El numeral 3 del artículo 9 manda: "*3.* Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal *será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*".

34 El numeral 5 del artículo 7 dispone que: "*5.* Toda persona detenida o retenida *debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*".

36. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido.[35]

Lo anterior se corrobora con lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuyo artículo 10, sin ambigüedades señala que:

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

103. En este orden de ideas, resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entiende que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura. La Corte ya había señalado que es obligación entregar físicamente al aprehendido a la autoridad judicial.[36] El Estado, por intermedio del juez, tiene la obligación de garantizar la integridad física del capturado, así como realizar un proceso mínimo de individualización, a fin de adoptar las medidas legales pertinentes. En suma, la orden de entregar la persona a una autoridad judicial no tiene como objetivo exclusivo establecer aspectos de competencia en materia de privación de la libertad,

---

[35] Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.

[36] Sentencia C-024 de 1994.

sino que opera como una garantía para la protección integral de la persona.

104. Por lo anterior, no resulta pertinente considerar la existencia del recurso de *Hábeas Corpus* para enfrentar las privaciones ilegítimas de la libertad, pues su existencia no autoriza al Estado eliminar o flexibilizar los controles sobre la aprehensión. Por el contrario, el recurso al hábeas corpus ha de ser excepcional y no debe constituir un medio ordinario de defensa. El cumplimiento de los deberes de protección en cabeza del Estado no pueden supeditarse a la solicitud de la víctima de las violaciones; el Estado tiene la obligación permanente de no incurrir en conductas que no respeten los derechos de las personas privadas de la libertad.

105. ¿Implica lo anterior que resulta inconstitucional comunicar a la autoridad judicial? La inconstitucionalidad deriva del hecho de entender que a partir de la comunicación la persona se entiende "a disposición" de la autoridad judicial. La obligación legal de comunicar, por su parte, coadyuva a garantizar los derechos constitucionales del retenido, pero en ningún momento puede suplir la obligación de entregar.

Entrega física. Término para realizarla

106. En relación con la entrega física, la Constitución dispone que ella se hará dentro del término de 36 horas, mientras que la norma acusada indica que podrá hacerse en el término de la distancia, "debidamente justificada". Se pregunta la Corte si la regulación legal viola el precepto constitucional.

La dogmática jurídica enseña que en los casos en los cuales se presentan conflictos entre reglas y principios, *prima facie* se prefieren las primeras. Por consiguiente, cuando quiera que los derechos constitucionales se estructuren como reglas, adquieren un carácter casi absoluto. Lo anterior, por cuanto la regla restringe el espectro interpretativo del juez, quien podrá verificar claramente si el mandato contenido en la norma se ha cumplido o no. Lo anterior llevaría a la

conclusión de que cualquier retención que se prolongue 36 o más horas sin entregar al retenido a una autoridad judicial, resulta inconstitucional.

107. Como se indicó antes, la entrega de la persona retenida a una autoridad judicial constituye una garantía para la persona. No cabe duda del carácter fundamental de dicha garantía, pues está involucrada la protección de la libertad, la integridad física y la vida del retenido. Ello coadyuvaría a la conclusión de la primacía de la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución, sobre otras disposiciones, sean constitucionales o legales.

108. Empero, la obligación en cuestión se halla directamente vinculada a una serie de obligaciones prestacionales del Estado. La realización o el cumplimiento de esta obligación supone que el Estado tiene que garantizar que desde cualquier lugar del territorio colombiano, sin consideración a las circunstancias en que se realiza la captura, puede accederse a una autoridad judicial en el término máximo de 36 horas. Dicha interpretación resulta incompatible con el orden constitucional por las siguientes razones:

a) La obligación Estatal de garantizar la seguridad personal, la vida e integridad física de la persona retenida es permanente. No se trata de algo que atañe exclusivamente al juez, sino que se predica de sus captores. En este orden de ideas, ¿estarían obligadas las autoridades que capturan a una persona a llevarlo ante un juez si las condiciones de captura aconsejan posponer la entrega para efectos de garantizar la debida protección a su vida, integridad y seguridad personal? La Corte estima que no. Sobre este punto, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949,[37] que claramente impone un deber de protección a los cautivos, que desplaza temporalmente la obligación de entrega personal ante una autoridad judicial:

[37] Ratificado mediante Ley 171 de 1994.

> Artículo 5.
>
> (...)
>
> 2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1° respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas:
>
> (...)
>
> c) Los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo 1° serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad...

De igual manera, no resultaría razonable exponer la vida y la salud de la persona cautiva si ésta se encuentra hospitalizada, en cuyo caso ha de llevar a la autoridad judicial ante el enfermo-privado de su libertad.

La Corte entiende que se trata de situaciones excepcionales, debidamente probadas, pues únicamente de esta manera se armonizan los derechos constitucionales en conflicto. La regla, pues, permanece y ha de intentarse, por todos los medios, su cumplimiento. Sólo si no existe otro medio, es decir, si resulta absolutamente necesario posponer la entrega, esta dilación se justifica.

b) También puede ocurrir, por razones de la extensión del territorio y su desigual poblamiento, o por desplazamiento de las autoridades judiciales, que éstas se encuentren a una distancia temporal mayor a las treinta y seis horas fijadas por la Constitución. Frente a esta situación, debe señalarse la obligación del Estado de procurar la existencia de autoridades judiciales dentro de un radio temporal de

treinta y seis horas. ¿Si no existen, puede calificarse de ilegal la captura? En este caso la Corte observa que la efectividad del derecho fundamental depende, por entero, de la realización de actividades prestacionales por parte del Estado. Frente a las formas de poblamiento del territorio colombiano o a los desplazamientos a los cuales se han visto sometidos los funcionarios judiciales, no puede exigirse al Estado que en este preciso momento histórico se asegure que, conforme a un mapa de tiempos, exista una autoridad judicial a una distancia no mayor de 36 horas desde cualquier punto del país. Empero, la legalidad de la captura, en estos eventos, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial.

109. Así mismo, debe recalcarse en la obligación del Estado de diseñar los mecanismos para asegurar, dentro de lo posible, que alguna autoridad judicial pueda ser alcanzada en el término fijado por la Constitución. Esto también puede lograrse con el desplazamiento de la autoridad judicial al lugar, antes de que se cumplan las 36 horas, en aquellos casos excepcionales en que sea materialmente imposible desplazar al capturado hasta la sede de dicha autoridad judicial.

En suma, la Corte entiende que la expresión "término de la distancia" es de carácter restrictivo, únicamente aplicable en las situaciones en las cuales sin lugar de dudas y de manera absolutamente necesaria, debe postergarse la entrega. Así, la legalidad de la captura dependerá, por entero, de la diligencia con que las autoridades captoras enfrenten las dificultades que explican el retraso. Únicamente bajo estas circunstancias, puede hablarse de una debida justificación, la cual no puede ser autorizada por vía general en la ley, sino apreciada caso por caso por la autoridad judicial.

110. No sobra señalar que no puede acudirse libremente a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, quienes no señalan términos perentorios, pues

tales instrumentos condicionan su aplicación a la no suspensión de medidas más favorables o que ofrecen más garantías de protección de los derechos contenidos en ellos. Es decir, en tanto que ofrece una mayor seguridad a la persona, la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales. [...]

Corte Constitucional
Sentencia C-317 de 2002
Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández
2 de mayo de 2002

[...] II. Texto de la norma demandada

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, y se subraya el segmento acusado, conforme a su publicación en el *Diario Oficial* No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

LEY 599 DE 2000
(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

TÍTULO III.
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL
Y OTRAS GARANTÍAS

CAPÍTULO I.
DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

ARTÍCULO 165. DESAPARICIÓN FORZADA. El particular que *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

[...] VI. Consideraciones y fundamentos de la corte [...]

a) La desaparición forzada de personas, origen, evolución y su regulación en el ámbito del derecho internacional. Las normas internacionales como parámetro mínimo de protección en esta materia

En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones forzadas no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, y su utilización como una técnica destinada a lograr no sólo la desaparición momentánea o permanente de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente.

En el plano universal se considera que la desaparición forzada tiene como antecedente el decreto *"Nacht und Nebel"* (noche y niebla) promulgado en Alemania el 7 de diciembre de 1941, en virtud del cual las personas bajo sospecha de poner en peligro la seguridad

del Tercer Reich eran arrestadas al amparo de la noche y en secreto, para luego ser torturadas y desaparecidas sin dejar rastro y sin la posibilidad de obtener información sobre su paradero.

Aunque este fenómeno tiene carácter universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad. En efecto, este oprobioso comportamiento, que tiene antecedentes en las desapariciones ocurridas en El Salvador hacia comienzos de la tercera década del siglo pasado, se extendió a Guatemala a partir de 1963, luego a Chile en 1973 y posteriormente a Argentina en 1976, época desde la cual comenzó a utilizarse la expresión "desaparecidos" para incorporarla al vocabulario del terrorismo represivo. Además, entre 1960 y 1990 muchas personas también fueron víctimas de esta aberrante práctica en Uruguay, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Las desapariciones forzadas no son rasgos exclusivos de las dictaduras militares pues países como México, Colombia y Perú, con gobiernos democráticos, han sido y son escenarios de este reprobable comportamiento. Así mismo, dicho fenómeno puede afectar a quienes desarrollan una labor política, social o cultural a favor o en contra de los gobiernos, lo cual pone de presente que constituye un método de control político y social acompañado de impunidad y absoluta transgresión de las leyes más elementales de convivencia humana.

Mediante la resolución 33/173 de 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas abordó la problemática de los desaparecidos teniendo en cuenta que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se reconocen para todos los individuos, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, se prohíben los tratos crueles, inhumanos o degradantes, se reconoce el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, así como el derecho a un juicio imparcial, el derecho al reconocimiento de su personalidad

jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención.

Posteriormente el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos mediante resolución 20 (XXXVI) de 1980, se pronunció sobre la censura y repudio generalizados a dicho comportamiento que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978) por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 de 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B (XXXII) de 5 de septiembre de 1979).

Mediante resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas –ONU– adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se estableció que se presenta este comportamiento cuando

> se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así a la protección de la ley.

Según esta declaración, se configura la desaparición forzada cuando concurren los siguientes elementos: la privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad sustrayéndola así a toda protección legal.

El artículo primero de dicha declaración determina claramente que entre los derechos vulnerados con un acto de desaparición forzada están el derecho a la vida, la dignidad humana, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser objeto de torturas ni a otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.

En el sistema de las Naciones Unidas, la desaparición forzada es concebida como un típico crimen de Estado, cuando éste actúe a través de sus agentes o de particulares que obran en su nombre o con su apoyo directo e indirecto, sin introducir distinción alguna entre la privación de la libertad de naturaleza legítima o arbitraria.

Recientemente las Naciones Unidas en la Conferencia de Roma celebrada en julio de 1998, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y con el objeto de proteger los bienes jurídicos mencionados, incluyó dentro de los crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada en el artículo 7.2 literal i) definiéndola como "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado". Se observa entonces que este instrumento le da un tratamiento diferente a la materia, puesto que involucra también como sujeto activo de delito a las organizaciones políticas que lo cometan directa o indirectamente.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos –OEA– en la resolución AG/RES. 666 (XII-0/83) declaró "que la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad". Este pronunciamiento se originó en consideración a que la calificación de la desaparición forzada de personas, como crimen internacional de lesa humanidad, es una condición importante y necesaria para su

prevención y represión efectivas, para lo cual se debe promover la investigación de tales situaciones.[1]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver en 1989 los casos hondureños de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, efectuó la primera descripción exhaustiva del crimen de desapariciones señalando que se trata de un delito de lesa humanidad que constituye una violación múltiple a distintos derechos consagrados en la Convención como la vida, la libertad y la dignidad humana. Sobre el particular dicha Corte en memorable fallo sentó la siguiente doctrina:

> [...]161. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta denominación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como "un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal" (AG/Res. 742, supra).

---

1 En el ámbito regional americano la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comisión se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin. AG/RES. 443 (IX-0/79) de 31 de octubre de 1979; AG/RES. 510 (X-0/80) de 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 (XII-0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 742 (XIV-0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe Anual, 1978, pp. 22-42; Informe Anual, 1980-1981, pp. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, pp.. 49-51; Informe Anual, 1985-1986, pp. 40-42, Informe Anual, 1986-1987, pp.. 299-304, y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II/66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66. doc. 16, 1985 (Guatemala).

162. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

163. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal en cuanto dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

164. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral

de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.

165. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

166. La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación.

> 167. Además, la práctica de desapariciones por sí sola crea un clima incompatible con la garantía debida a los derechos humanos por los Estados partes en la Convención, en cuanto relaja las normas mínimas de conducta que deben regir los cuerpos de seguridad a los que asegura impunidad para violar esos derechos.[2]

Es de resaltar que en este pronunciamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó en claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, y que aún así no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito, como violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte atribuible directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, sin embargo puede acarrear su responsabilidad internacional, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

El 9 de junio de 1994, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos –OEA– suscriben la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, hecha en Belém do Pará, cuyo artículo II define la desaparición forzada en los siguientes términos:

> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquies-

---

[2] Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, No. 5, 1989.

cencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y demás garantías procesales pertinentes.

Según esta Convención, la desaparición forzada puede cometerla cualquier persona siempre que actúe “con la autorización, el apoyo y la aquiescencia del Estado”. En dicho instrumento no se la considera como delito político para los efectos de la extradición, ni la acción penal ni la pena estarán sujetas a prescripción. Tampoco se admite la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Así mismo los presuntos responsables sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.[3]

Como queda visto, la comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen de *lesa humanidad* pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte, situación que acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas, y de política para prevenir y erradicar este crimen de lesa humanidad.

Finalmente, conviene poner de presente en este acápite que el Gobierno colombiano ha ratificado varios instrumentos internacionales que proscriben la desaparición forzada y llaman a que los Estados Partes consagren esta conducta como delito en su legislación interna. Es así como mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de

---

3 Es de anotar que el Congreso de la República expidió la Ley 707 de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, hecha en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994, que se encuentra actualmente en revisión de la Corte Constitucional.

1994[4] se aprobó el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977; también el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I) que no improbó la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991[5] y se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Al respecto, es de advertir que conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno", mandato que para la Corte conlleva la sujeción de los contenidos de las normas legales internas a las disposiciones y principios del derecho internacional humanitario que en tal virtud entran a operar como parámetros del control de constitucionalidad, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Carta Política. En este sentido se ha dicho, y ahora se reafirma, que "la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores".[6]

En resumen, el tratamiento que se le ha dado en el concierto internacional a la desaparición forzada es el de un delito de Estado que acarrea su responsabilidad cuando quiera que dicho comportamiento ha tenido lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o cuando aquél ha actuado impunemente o sin tomar las previsiones para evitar su consumación.

---

4 Sentencia C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Sentencia C-574/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

6 Sentencia C-225 de 1995.

También puede concluirse de lo visto y analizado, que el conjunto de determinaciones que se han adoptado en el ámbito internacional en relación con los derechos humanos, y particularmente en lo que corresponde a la desaparición forzada, constituyen el parámetro mínimo de protección a partir del cual los Estados deben orientar su legislación a fin de prevenir razonablemente e investigar las violaciones a los derechos humanos, identificando a los responsables e imponiéndoles las sanciones pertinentes, asegurando a la víctima la adecuada reparación.

b) Antecedentes constitucionales de la desaparición forzada y su desarrollo en la legislación interna

Es una realidad incontrovertible que Colombia no ha sido ajena a la práctica de la desaparición forzada, de ahí que se haya dispuesto en el artículo 12 de la Carta Política que "*nadie será sometido a desaparición forzada*, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (bastardillas fuera del texto), recogiendo de esta forma en lo sustancial lo dispuesto en el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Remontándonos a los antecedentes de la norma superior, cabe recordar que el Gobierno Nacional presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 un proyecto de norma constitucional que decía: *"La integridad física y mental de la persona es inviolable. Se prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Será nula toda declaración obtenida mediante la violación de este derecho"*.

La Subcomisión Segunda de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente propuso a la Comisión un texto del siguiente tenor: *"El Estado garantiza el derecho a la vida. No hay pena de muerte. La tortura en todas sus formas al igual que los tratos inhumanos y degradantes y la desaparición forzada son delitos"*.

A su vez, la Comisión Primera presentó para primer debate el siguiente texto: *"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*

Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"

Finalmente, la plenaria aprobó un texto prácticamente idéntico pero en la Comisión Codificadora se separó lo relativo al derecho a la vida y la pena de muerte para ubicarlo en otro artículo, con lo cual el texto del artículo 12 de la Carta quedó tal y como se le conoce actualmente.

Para la Corte los antecedentes del artículo 12 de la Carta ponen de manifiesto que para el Constituyente era importante dejar determinado el sujeto pasivo de la desaparición forzada, dada la necesidad de amparar los derechos fundamentales que con tal comportamiento se vulneran y que son inherentes a todas las personas sin importar su condición. Esto explica el que la norma haya sido ubicada dentro del Título III, capítulo 1° "De los Derechos Fundamentales" de la Constitución Política.

Además, al no haber cualificado el sujeto activo que comete la desaparición el constituyente estableció una prohibición de carácter universal que se dirige a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten, sea agente público o particular, que resulta ser más amplia que la consignada en los instrumentos internacionales tal como lo reconoció la Corte al revisar el artículo 279 de la Ley 100 de 1980 que tipificaba el delito de tortura. En aquella oportunidad dijo:

> *El Artículo 12 de la Constitución Nacional es más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo anteriormente, la Carta colombiana prohíbe la desaparición forzada y la tortura en los casos en que su práctica sea por un particular. De ahí que el artículo 279 del Código Penal sea, en un todo, acorde con la Constitución.*
>
> (...)
>
> *La misma norma internacional establece, sin embargo, que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance. Exacta-*

> *mente eso es lo que ha hecho la Constitución Nacional al prohibir la tortura no sólo cuando ésta proviene de un funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, sino cuando proviene también de un particular,* como quedó visto en el anterior numeral de esta providencia. De ahí que el artículo 279 del Código Penal esté, también por este aspecto, ajustado en un todo a la Constitución.[7] (Bastardillas fuera de texto.)

En cuanto hace al desarrollo legislativo del artículo 12 fundamental, es de recordar que en el año de 1992 ante el Congreso se presentó el Proyecto de Ley 152 de 1992, que pretendía tipificar como delito la desaparición forzada de personas. Al sustentar esta iniciativa el ponente, con base en un documento preparado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, consideró que pese a que en la literatura sobre el tema el sujeto activo de este delito es generalmente un representante de la autoridad, el caso colombiano ofrece especiales características pues los particulares también pueden cometerlo, como es el caso de la guerrilla cuando hace desaparecer personas por conflictos internos o por tener deserciones o por problemas de mando y seguridad; el narcotráfico cuando utiliza este sistema para saldar cuentas o vengar anteriores ofensas de excolaboradores en el negocio; y los paramilitares que tampoco han sido ajenos a esta abominable práctica.[8]

El 6 de julio de 1994 el entonces presidente Cesar Gaviria Trujillo objetó el proyecto de Ley No. 152/92, Senado, 331/93, Cámara, "por la cual se tipifica como delito de lesa humanidad la desaparición forzada de personas y se desarrollan los artículos 12 y 14 de la Constitución Política".[9]

Los reproches del Ejecutivo se dirigieron contra el artículo 8° del proyecto, en sus incisos tercero y cuarto que prescribían que "en ningún caso podrá aducirse que las conductas previstas en la pre-

---

7 Corte Constitucional, sentencia C- 587 de 1992, M.P., Ciro Angarita Barón.

8 *Gaceta del Congreso* No. 171, junio 3 de 1993, ponencia para segundo debate del senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado.

9 *Gaceta del Congreso* No. 96, julio 22 de 1994.

sente ley han sido cometidas en relación con el servicio, cuando se atribuyan a miembros de la fuerza pública en servicio activo" y que "Tampoco podrá alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida. En todo caso quien recibiera la orden podría incurrir en alguna de las conductas previstas en la presente ley, teniendo el derecho y el deber de no obedecerla". A criterio del Gobierno estas disposiciones eran contrarias a los artículos 91 y 221 de la Constitución Política.[10]

En 1997 los ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho presentaron ante el Senado de la República el proyecto de Ley No. 129 de 1997, Senado, 222 de 1998, Cámara, "por medio de la cual se tipifica la desaparición forzada de persona y genocidio, se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura y se dictan otras disposiciones".[11] El 14 de abril de 1998 el Gobierno Nacional solicitó al Congreso que le diera al proyecto trámite de urgencia.[12]

El 30 de diciembre de 1999 el Gobierno objetó el proyecto. El 22 de marzo el Senado de la República aceptó las objeciones presidenciales y la Cámara terminó por acoger el texto aprobado por el Senado, convirtiéndose el proyecto en la Ley 589 de 2000 "por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desaparecimiento y la tortura; y se dictan otras disposiciones". El artículo 1° de la Ley 589 de 2000, que adicionó el artículo 268 del

---

10 Artículo 91 de la CP: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". Art. 221 de la CP, modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995: "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integradas por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro".

11 Publicado en la *Gaceta del Congreso* No. 573 de 1997.

12 Informe de ponencia presentado el 27 de abril de 1998, publicado en la *Gaceta del Congreso* No. 55 del 7 de mayo de 1998.

Código Penal de 1980, tipificó el delito de desaparición forzada en los siguientes términos:

> [...] *ARTÍCULO 268-A. Desaparición forzada.* El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.
>
> A la misma pena quedará sometido el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

En esa oportunidad, dada la trascendencia de actualizar la legislación penal colombiana en esta materia, el legislador enfatizó en la exposición de motivos lo siguiente:

> *El Gobierno en su empeño por lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y de adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) pretende tipificar conductas proscritas por la humanidad entera (...)*
>
> El contenido del proyecto se centra en la tipificación de la desaparición forzada de personas, del genocidio y de la ampliación típica de la tortura, incorporando estos tres delitos como un capítulo nuevo del Código Penal que los agrupe como delitos de lesa humanidad, respondiendo a los requerimientos de carácter internacional y a la realidad de nuestro país.
>
> La conciencia jurídica universal ha repudiado la comisión individual o masiva de las desapariciones forzadas y de genocidios como unas de las conductas más lesivas contra las personas y contra el género huma-

no, por lo cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, lo mismo que la Organización de Estados Americanos, las han calificado como delitos de lesa humanidad.

Este proyecto sugiere una serie de normas cada una con un propósito particular, pero todas ellas orientadas al mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales de las personas en nuestro país.

El 20 de julio de 1998 el señor fiscal general de la nación presentó ante el Senado de la República el proyecto de ley "por medio del cual se reforma el Código Penal", donde se consagró el delito de desaparición forzada en términos similares a los del artículo 1° de la Ley 589 de 2000.

El 30 de diciembre de 2000 el presidente de la república objetó el proyecto por inconveniencia solicitando, entre otras cosas, la eliminación de las expresiones "particular" y "perteneciendo a un grupo armado al margen de la Ley", argumentando que el tipo penal como estaba establecido sólo tenía como sujeto activo al particular que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo a otros posibles infractores de la norma penal, lo que consideraba inconveniente teniendo en cuenta el compromiso de este Gobierno en la defensa de los derechos humanos.[13]

La Comisión Accidental designada en el Senado de la República para estudiar las objeciones presentadas por el ejecutivo al proyecto de ley, expresó que no era inconveniente que en la tipificación del delito de desaparición forzada el autor fuera un particular sin relación alguna con el Estado. Dijo entonces:

(...) en materia de derechos humanos, los tratados internacionales establecen estándares mínimos de protección, lo que significa que en manera alguna excluye para que los países, dentro de su legislación interna, consagren regulaciones más rigurosas. Así tenemos por ejemplo, que internacionalmente se considera el delito de tortura, como un compor-

---

13 *Gaceta del Congreso* No. 65 del 17 de marzo de 2000.

tamiento realizado por agentes del Estado, y en nuestra legislación se consagra como sujeto activo indeterminado, lo que significa que puede ser realizado tanto por particulares como por agentes del Estado*; igual sucede dentro del mismo proyecto objetado, con relación al delito de desaparición forzada en donde, de acuerdo con los tratados internacionales correspondientes, se limita a que sea realizado por agentes del Estado o por particulares que actúan a nombre del Estado, pues bien, en el proyecto objeto de este estudio, se consagra la desaparición forzada por parte de particulares sin relación alguna con el Estado, y por esas circunstancias, ni nosotros ni el Gobierno considera que esa tipificación sea inconveniente. (...)*

En primer lugar queremos manifestar que el proyecto de ley número 20 de 1998 Senado tuvo como autor al Gobierno Nacional anterior, y en el mismo no le ponía limitante alguno al autor particular de la desaparición forzada. Decía el artículo:

"El que prive o mantenga privado de la libertad a una persona...".

"Igual descripción se daba en el informe de ponencia para primer debate.

Fue sólo a raíz de la discusión en la Comisión Primera de Senado y posteriormente en la subcomisión, con la participación del señor Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Parmenio Cuellar Bastidas, en donde se propuso que el sujeto activo de la desaparición forzada, esto es, el particular, debe pertenecer a una organización criminal o a un grupo político armado, además de que prive de la libertad y oculte a la persona; porque de no ser así el particular estaría incurso en un comportamiento diferente, como el secuestro, por ejemplo". (Bastardilla fuera de texto.)

El proyecto de ley que se convirtió en la Ley 599 de 2000, en su artículo 165 tipifica el delito desaparición forzada de personas dentro del Capítulo I del Título III, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías,* [14] conservando la misma descripción que está prevista en la Ley 589 de 2000. Asimismo, la descripción típica del delito de

desaparición forzada es muy similar a la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con el texto de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989.

Para la Corte es indudable que con la adopción de estas leyes el Estado colombiano dio un paso importante en la protección y vigencia de los derechos fundamentales, pues aparte de tipificar el delito de desaparición forzada de personas ha establecido una serie de medidas efectivas para prevenir, controlar y sancionar este crimen de lesa humanidad, cumpliendo así con el deber internacional de prevenir y castigar cualquier acto de desaparición forzada.

c) La efectividad de los derechos fundamentales como parámetro a la libertad de configuración del legislador en materia penal

Uno de los fines del Estado Social de Derecho que pregona la Carta Política es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Además, por mandato superior las autoridades de la República están instituidas, entre otros objetivos, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares así como para proteger a todas

---

[14] Artículo 165. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido el servidor público o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (CP Preámbulo y arts. 1° , 2° y 5°).

Para la Corte el Título II de la Carta Política relativo a los derechos, las garantías y los deberes –del cual forma parte el artículo 12 superior que prohíbe la desaparición forzada–, no implica únicamente deberes de abstención a cargo del Estado sino que fundamentalmente demanda una labor efectiva de parte suya orientada hacia su protección, garantía, respeto y promoción.

Precisamente el Derecho Penal es uno de esos instrumentos que permite asegurar la protección y vigencia de los derechos fundamentales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al señalar que "una de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del Estado pueden vulnerar dichos derechos",[15] toda vez que

> los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Colombia, corresponden justamente a esas condiciones básicas de la vida individual y colectiva, cuya tutela reforzada asumen las leyes penales, pues en ellos se traducen y proyectan con toda su intensidad la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona humana, objeto y fin del derecho (...) El derecho penal se justifica y se torna imperioso como una de las formas más importantes de protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (CP, art. 2°).[16]

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado con especial énfasis que en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden "El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado,

---

15 Sentencia C- 587 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

16 Sentencia C- 459 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento".[17]

La Corte también ha sido constante en afirmar que mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales

> bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.[18]

Por lo anterior, solamente "en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,"[19] correspondería al juez Constitucional declarar la inexequibilidad de la disposición normativa que sea objeto de análisis.

Igualmente esta Corporación ha expresado que en materia penal el legislador debe ser respetuoso del principio de igualdad, de modo que

> puede consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor

---

17 Sentencia C-070 de 1996.

18 Sentencia C-013/1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

19 Ibídem.

> repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros. La consecuencia obvia y lógica de lo anterior, es que el tratamiento procesal y punitivo previsto para los delitos de mayor entidad y gravedad, sea más severo que el dado a los hechos punibles de menor gravedad.[20]

Finalmente la Corte ha dicho que pese a esta libertad de configuración del legislador en materia punitiva, mediante el criterio de la proporcionalidad el juez constitucional puede ponderar la aptitud de las medidas legislativas a través de las cuales persigue la efectividad de los derechos fundamentales:

> El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales (CP arts. 15, 23, 24, 26, 28, 31, 37 y 39), sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal. *En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad –medidas civiles, administrativas, laborales–, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido*.[21]

---

20 Sentencia C-840 de 2000.

21 Sentencia C-070 de 1996.

De lo anterior se desprenden dos conclusiones importantes: la primera, que la facultad del legislador para configurar la legislación penal siempre debe estar orientada hacia la eficaz protección de los derechos fundamentales; y la segunda, que el juez constitucional puede verificar si la tipificación de una conducta delictiva constituye la respuesta adecuada para proteger los derechos fundamentales tutelados por el Ordenamiento Superior y la legislación internacional que, según se precisó anteriormente, constituye el parámetro mínimo de protección a partir del cual el Estado debe orientar su política criminal en esta materia.

Bajo estas consideraciones, a continuación la Corte entra a analizar la validez constitucional del artículo 165 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de desaparición forzada.

d) El caso concreto

Antes de abordar el problema jurídico planteado en la demanda y aplicando la facultad excepcional prevista en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991,[22] la Corte en el caso bajo estudio procede a integrar la unidad normativa del segmento demandado con la totalidad del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, no sólo porque guardan estrecha e íntima conexión sino porque además los efectos de la decisión que se adopte inciden en la manera como debe ser entendido y aplicado el delito de desaparición forzada regulado en la citada disposición legal.

Hecha esta observación preliminar, esta Corporación realiza el siguiente análisis:

El artículo 165 de la Ley 599 de 2000, bajo revisión, tipifica el delito de desaparición forzada de la siguiente manera:

---

22 Sentencias C-173 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis y C-320/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

> El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.
>
> A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

El inciso segundo de la norma en revisión señala como sujetos activos del delito de desaparición forzada al servidor público o al particular que actúe bajo su determinación o aquiescencia con arreglo a la tipificación de la conducta y la sanción descritas en el inciso primero; es decir, que la norma consagra el delito de desaparición forzada cometido por un agente del Estado que actúe directa o indirectamente, y también el cometido por un particular siempre que actúe con su apoyo o tolerancia.

Con base en lo anterior, concluye la Corte que tratándose de la desaparición forzada cometida por agentes del Estado –servidores públicos–, en forma directa o indirectamente a través de un particular que actúe bajo su determinación o aquiescencia, la descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información.

Sin duda, la consagración de este inciso está en consonancia con el mínimo de protección establecida en los instrumentos internacio-

nales que consagran la desaparición forzada como un delito de Estado.

En este sentido no es válida la afirmación de la accionante de que los miembros de las Fuerzas Armadas están excluidos de ser sujetos activos de la desaparición forzada, pues es claro que ostentando la calidad de servidores públicos, como cualquier otro funcionario o empleado de las distintas ramas del poder público, los organismos de control y otras entidades del Estado, pueden ser sancionados como autores o partícipes de dicho reato en virtud del inciso 2° del artículo 165 del Código Penal.

Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 165 del Código Penal, por cuanto se ajusta a lo previsto en las disposiciones constitucionales.

El inciso primero del artículo 165 del Código Penal, por su parte, involucra como sujeto activo del delito de desaparición forzada al particular "que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley". Para la Corte esta expresión es inconstitucional, porque reduce significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política.

En efecto, el sujeto activo allí determinado excluye a otros que potencialmente también pueden realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma, a saber:

a) El particular que no pertenezca a ningún grupo. Es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o *motu proprio*.

b) El particular que pertenezca a un grupo pero que éste no sea armado.

c) El particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley.

En verdad, al dejar por fuera las hipótesis citadas se desconoce el artículo 12 superior que, como ya quedó dicho, consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacio-

nales, según los cuales la desaparición forzada sólo puede ser cometida por un agente estatal, una organización política o un particular con la autorización, tolerancia o aquiescencia de éstos, resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional, lo cual es perfectamente posible y le permite a Colombia colocarse a la vanguardia en materia de responsabilidad ante los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones.

Así mismo valga recordar que la determinación del constituyente plasmada en el artículo 12 superior recogió la realidad de nuestro país donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o aquiescencia, pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc.

En suma, si según el artículo 12 constitucional nadie puede ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles inhumanos o degradantes –norma que no identificó al sujeto activo que pueda cometer una conducta que atente contra estos derechos– fuerza concluir que su tipificación penal debe estar en correspondencia con la amplitud del mandato constitucional y por ello el señalamiento del sujeto activo del delito desaparición forzada debe cubrir a todas las personas sin importar si pertenecen a un grupo armado al margen de la ley.

Sobre el particular, cabe recordar que el Estado como responsable de la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, no sólo está comprometido a no vulnerarlos sino a hacer todo

lo que esté a su alcance para respetarlos, garantizarlos, protegerlos y promoverlos, razón por la cual la tipificación de los delitos debe estar en consonancia con la Carta Política. Por ello, el Estado no cumple con su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando al sancionar determinadas conductas violatorias de los derechos humanos deja de tipificar y sancionar los comportamientos de otros sujetos que potencialmente están en capacidad de afectar tales derechos fundamentales –bienes jurídicos tutelados con la norma penal–.

Además, según lo ha señalado la jurisprudencia, en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de privilegio, la facultad de señalar el sujeto activo en relación con los delitos que atenten contra derechos y garantías fundamentales se sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, de manera que "sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento".[23]

Es pues evidente que la tipificación del delito de desaparición forzada en la norma impugnada, como instrumento para hacer efectiva la garantía consagrada en el artículo 12 fundamental, resulta ser insuficiente en cuanto al sujeto activo pues el inciso primero del artículo 165 del Código Penal sólo penaliza al particular que pertenece a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo injustificadamente de tipificación la conducta de otras personas que potencialmente pueden cometer dicho ilícito.

Por todo lo anterior, es claro que la calificación del sujeto activo que está consignada en el inciso primero de la norma bajo revisión para el delito de la desaparición forzada resulta a todas luces inconstitucional, y en consecuencia, la Corte procederá a declarar la inconstitucionalidad de las expresiones "perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley" del inciso primero del artículo 165 del

---

23 Sentencia C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Código Penal. No considera, sin embargo, necesario extender tal pronunciamiento a la palabra “particular” del inciso primero del artículo en cuestión, por cuanto al hacerlo quedaría sin efectos la tipificación de la desaparición forzada contenida en el inciso segundo de la citada norma respecto de los particulares que actúen bajo determinación o aquiescencia de un servidor público.

En criterio de la Corte, la “aquiescencia” del servidor público para que se realice una desaparición forzada, adquiere una connotación especial al momento de regular las formas de intervención en el hecho punible, pues el legislador puede catalogar como autoría, conductas de favorecimiento que normalmente se ubican dentro de la complicidad.

Podría argumentarse que tal como está tipificada la desaparición forzada en el artículo 165 del CP, no se presenta ninguna violación de la Constitución, puesto que los particulares que no quedan comprendidos dentro del supuesto fáctico regulado en el inciso primero del citado precepto en caso de cometer esta conducta, responderían penalmente por el delito de secuestro.

Sin embargo, tal apreciación carece de sustento por las siguientes razones:

En efecto, mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos –tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros–, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal. Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consuma en dos actos: la privación de la libertad de una persona –que puede ser, incluso *ab initio* legal y legítima–, seguida de su ocultamiento, y ade-

más la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal.

Aceptar como cierta tal apreciación no sólo es restringir el alcance de la garantía constitucional del artículo 12 superior, sino que además con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (art. 13 de la CP) pues los particulares que cometen el delito de desaparición forzada que no pertenezcan a un grupo, o que este grupo no sea armado o que sea un grupo armado que no esté al margen de la ley recibirían un castigo menor, toda vez que el secuestro está sancionado en el artículo 168 del Código Penal con una pena inferior a la prevista para el delito de desaparición forzada.

Así, pues, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones "perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley" el delito de desaparición forzada puede ser cometido por cualquier particular sin ninguna calificación. Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que si bien este punible se comete cuando el particular somete a otra persona a privación de su libertad, *seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley,* debe entenderse que la conjunción *"y"* no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, por cuanto según el artículo 33 superior los particulares no están obligados a autoincriminarse.

Por lo tanto, la Corte condicionará la exequibilidad del inciso primero del artículo 165 del CP, bajo el entendido de que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona. [...]